Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und im Vergleichsverfahren.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Hans Rubin
Referendar aus Berlin.

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Schwarzwald)

Durch die Genehmigung der Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Referent: Professor Dr. Rudolf Schultz.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung.**
I. Die Aufgabe der Arbeit. 1
II. Die Weiterveräußerung von Vorbehaltssachen. 2
III. Der Eigentumsvorbehalt an verbrauchbaren Sachen. 4

1. Abschnitt: Das Konkursverfahren.

1. Kapitel: Die Anwendung des § 17 KO.

§ 2. Die Anwendung des § 17 KO. beim Vorbehaltskauf mit aufschiebend bedingter Uebereignung. 6
I. Inhalt des § 17 KO. 6
II. Die herrschende Ansicht. Oertmann, Rühl u. a. wollen § 17 KO. beim Vorbehaltskauf nicht anwenden. Leistungshandlung und Leistungserfolg. 6
III. Die Unterscheidung zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg ist für unser Problem unerheblich. 7
IV. Auerbach will den § 17 KO. beim Vorbehaltskauf, wenn die Kaufsachen zur Weiterveräußerung bestimmt sind, nicht anwenden. 9
V. Die Begründung der herrschenden Lehre ist nicht immer richtig. 10

§ 3. Die Anwendung des § 17 KO. beim Vorbehaltskauf mit auflösend bedingter Uebereignung. 13
I. Auch hier kommt § 17 KO. zur Anwendung. 13
II. Ansicht Jaffés. 13

§ 4. § 17 KO. kommt nicht zur Anwendung, wenn auch nur einem Vertragsteil keine Erfüllungsansprüche mehr zustehen. 15
I. Der uneigentliche Eigentumsvorbehalt. 15
II. § 17 KO. kommt nicht zur Anwendung, wenn der Eigentumsvorbehalt erloschen ist. 15
III. Abstrakte Schuldverbindlichkeiten. 16
IV. Abtretung der Kaufpreisforderung. 17
V. Wahl des Konkursverwalters nach § 17 KO. und Rücktritt des Vertragspartners. 19
a) Der Rücktritt auf Grund des § 455 BGB. 19
b) Der Rücktritt im Bereich des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte. 20

§ 5. Die Anwendung des § 17 KO. bei durch Rücktritt (insbesondere im Geltungsbereich des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte) ausgelösten gegenseitigen Rückgewährverbindlichkeiten. 21

Seite
§ 6. Der Eigentumsvorenthalt. 24
I. Eigentumsvorenthalt und § 17 KO. 24
II. Der Eigentumsvorbehalt wird durch eine Weiterveräußerung unter „Eigentumsvorbehalt“ nicht gegenstandslos. 25
III. Der „weitergegebene“ Eigentumsvorbehalt. 26
2. Kapitel: Der Konkursverwalter wählt Erfüllung.
§ 7. Die Folgen der Erfüllung im Konkurs des Käufers. 28
I. Grundsätzliche Bemerkungen über die Erfüllungswahl. 28
II. Der „uneigentliche Eigentumsvorbehalt“ 29
III. Rücktritt des Verkäufers infolge Verzuges des Konkursverwalters. 29
IV. Die Erfüllungswahl bei Geschäften im Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes. 31
§ 8. Der Konkursverwalter des Verkäufers wählt Erfüllung. Gewährleistungsansprüche und Erfüllungsbegehren. 34
3. Kapitel: Wahl der Nichterfüllung im Konkurs des Käufers.
§ 9. Grundsätzliches über die Folgen der Erfüllungsablehnung. 37
I. Uebersicht der Folgen der Erfüllungsablehnung. 37
II. Der Schadensersatzanspruch.
a) Die Begründung des Schadensersatzanspruches nach der herrschenden Lehre. 37
b) Von der herrschenden Lehre abweichende Begründungen. 39
A) Die Theorien, die den Anspruch aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über nachträgliche Unmöglichkeit und Verzug herleiten. 39
B) Die Theorien, die den Schadensersatzanspruch auf positive Vertragsverletzung und Haftung für rechtmäßiges Handeln stützen. 40
C) Nach Oetker ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus dem § 26 S. 2 KO. 41
D) Nach Grimm ist durch das Gesetz überhaupt kein Schadensersatzanspruch gewährt, sondern der Verwalter hat die Wahl zwischen zwei Erfüllungsarten. 41
III. Durch die Erfüllungsablehnung sind alle Erfüllungsansprüche endgültig beseitigt. Die wechselseitigen Erfüllungsansprüche verwandeln sich in einen einseitigen Schadensersatzanspruch. Aussonderung der Vorbehaltssache. 42
IV. Der Bereicherungsanspruch. 43
V. Verhältnis von Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch zueinander. 47

Seite

§ 10. Wahl der Nichterfüllung im Konkurs des Abzahlungskäufers. 49

§ 11. Konkurs des Käufers: Fälle der Ersatzaussonderung. 50

I. Keine Ersatzaussonderung bei erlaubter Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen. 50

II. Ersatzaussonderung bei unbefugter Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen. 50

III. Rechtslage, wenn der dem Verkäufer durch die Weiterveräußerung entstandene Schaden durch die Ersatzaussonderung nicht gedeckt ist. 52

IV. Der Verkäufer hat einen besonderen Schadensersatzanspruch. 53

V. Keine Ersatzaussonderung, kein Bereicherungsanspruch, wenn der Erlös aus der Veräußerung der Vorbehaltssachen vor der Konkurseröffnung eingezogen ist. 54

§ 12. Der Eigentumsvorbehalt in Verbindung mit Surrogationsklauseln. 55

I. Fragestellung. 55

II. Die Abtretung künftiger Forderungen. 55

III. Das antizipierte Besitzkonstitut. 60

IV. Die Surrogationsklausel hat u. E. lediglich obligatorische Bedeutung. 63

§ 13. Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses bei Eigengeschäften. 66

§ 14: Der Vorbehaltskauf mit auflösend bedingter Uebereignung. 69

I. Als Bedingung haben es die Parteien auf die Zahlung seitens des Käufers abgestellt. 69

II. Als Bedingung sind andere Ereignisse als die Zahlung gesetzt. 70

III. Eintritt der Bedingung vor der Konkurseröffnung. 70

IV. Eintritt der Bedingung nach der Konkurseröffnung, aber vor der Wahl des Konkursverwalters, wenn als Bedingung von der Zahlung unabhängige Ereignisse gesetzt sind. 71

V. Anhang: Rechtslage, wenn nicht feststeht, ob die Uebereignung auflösend oder aufschiebend bedingt gemeint ist. 71

4. Kapitel: Wahl der Nichterfüllung im Konkurs des Verkäufers.

§ 15. Der einfache Eigentumsvorbehalt. 73

I. Nach der Erfüllungsablehnung muß der Käufer die Vorbehaltssache herausgeben. Der Masse bleiben die etwa geleisteten Teilzahlungen des Käufers erhalten. Der

Seite
Käufer hat lediglich einen als Konkursforderung geltend zu machenden Schadensersatzanspruch. 73
II. Der Käufer hat in Ansehung der vor der Konkurseröffnung geleisteten Raten keinen als Massegläubigerrecht zu befriedigenden Rückforderungsanspruch. 75
III. Wie ist die Rechtslage, wenn der Käufer zur Sicherung der Kaufpreisschuld eine Wechselschuld eingegangen ist? 76
IV. Der Käufer hat gegenüber dem Vindikationsanspruch der Masse kein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung der Vorbehaltssache. 77
V. Der Eigentumsvorbehalt im Bereich des Abzahlungsgesetzes. 78
§ 16: Die einzelnen Eigentumsvorbehaltsklauseln. 80
I. Die Surrogationsklausel. 80
II. Der Eigentumsvorbehalt mit auflösend bedingter Uebereignung. 81
5. Kapitel:
§ 17: Der Konkursverwalter gibt keine Erklärungen ab und wird auch nicht zu einer Erklärung genötigt. 83
2. Abschnitt: Das Vergleichsverfahren.
§ 18: Die §§ 4, 18, 30 der Vergleichsordnung. 85
§ 19. Einzelheiten. 87
I. Das Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers. 87
II. Das Vergleichsverfahren über das Vermögen des Verkäufers. 90
Anhang: Der Kauf auf Probe.
§ 20. Die rechtliche Behandlung des Kaufs auf Probe im Konkurse eines Kontrahenten. 91
I. Grundsätzliches über den Kauf auf Probe. 91
II. Solange der Schwebezustand dauert, ist § 17 KO. nicht anwendbar. 91
III. Der Konkurs des Verkäufers. 91
IV. Der Konkurs des Käufers. 92
V. Die Ansprüche aus dem Kauf auf Probe gehören nicht zum massefreien Vermögen. 93
§ 21. Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren. 94
I. Allgemeine Ausführungen. 94
II. Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Verkäufers. 95
III. Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers. 95

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Adler, Zur Lehre vom Uebergange der Ware vom Verkäufer an den Käufer. In Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 86, S. 273 ff.

Auerbach, Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Einzelhandels. In „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", Berlin und Leipzig 1931 S. 58 ff.

Bendix, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Käufers und Verkäufers. In JW. 1930 S. 1360 ff.

Bley. Zur Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO. auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt. In Judicium, Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege, 1932 Sp. 199 ff.

Brachmann, Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unter besonderer Berücksichtigung der §§ 15—21, 14 und 44 der Reichskonkursordnung. Leipzig 1883 .

Bracht, Bedingung und Anwartschaft. In Iherings Jahrbüchern, Bd. 61, S. 263 ff.

Cahn, Der Auftakt des Vergleichsverfahrens. In JW. 1928 S. 1118 ff.

Cohn, Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren. In JW. 1930, S. 2759.

Rücktrittsrecht und Vergleichsverfahren, insbesondere beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. In JW. 1932 S. 146.

Cosack-Mitteis, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts 1. Bd. 8. Aufl. Jena 1927,

Crisolli, Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. 4. Aufl. 1931

Danielcik, Eigentumsvorbehalt und Vergleichsverfahren. In JW. 1932 S. 157.

Dathe, Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners, die z. Zt. der Konkurseröffnung von ihm und dem anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Diss. Leipzig 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 3. Bd., 2. Aufl. 1913. Das Handelsgesetzbuch. 4. Bd., 3. Aufl. 1932.

Ebertsheim, Ist der Warengläubiger, der unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, am Vergleichsverfahren des Schuldners beteiligt, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichsverfahrens das vorbehaltene Eigentum an einem Teil der Ware erloschen ist? In JW. 1930 S. 3704 f.

Eisold, Vergleichsordnung. 3. Bearbeitung, Berlin 1931.

Enneccerus-Nipperdey. Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. Einleitung. Allg. Teil, 13. Bearbeitung 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 2. Bd.: Recht d. Schuldverhältnisse, 11. Bearb. 1930.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und das Konkursverfahren, 3. Aufl. 1904.

Geiler, Eigentumsvorbehalt und Kontokorrent, in JW. 1930 S. 2901 ff.

Grimm, Begründete Vermögensansprüche (§ 3 KO.) Diss. Frankfurt 1928.

Grünfeld, Ein unzureichender Masseanspruch. In DJZ. 1931 Sp. 1513.

Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Hörle. Abzahlungsgeschäfte. In Gruch. Bd. 55 S. 177 ff.

Industrie- und Handelskammer Berlin, Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, herausgegeben von der .... Berlin 1931.

Jacusiel, Der Eigentumsvorbehalt. Berlin 1932.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung 1. Bd. 6. u. 7. Aufl. 1931; 1. u. 2. Bd. 5. Aufl. 1916.
Die Wirkung der exceptio rei venditae et traditae. In Leipz. Zeitschr. 1908. Sp. 688 ff.
Konkurs des Verkäufers. In „Konkurs- und Treuhandwesen" 1927 S. 1 ff.
Aus der Praxis des Konkurs- und Vergleichsverfahrens. Weiterveräußerung einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Ware. In: „Konkurs- und Treuhandwesen" 1930 S. 17 ff.
Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (§ 455 BGB.) Diss. Leipzig 1910.
Kamm, Der Eigentumsvorbehalt in seiner rechtlichen Bedeutung unter besonderer Berücksichtigung seiner Wirksamkeit im Konkurse. Diss. Breslau, 1928.
Kiesow, Kommentar zur Vergleichsordnung, 4. Aufl. 1932.
Kippenberg, Der Einfluß des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Diss. Leipzig 1907.
Kirchberger, Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung. In Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 68, S. 147 ff.
Kleinrath, Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae im Konkurs. In Leipz. Zeitschr. 1910. Sp. 126 ff.
Kreß, Lehrb. d. Allg. Schuldrechts. 1928.
Lehmann, Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren. In Festgabe f. Richard Schmidt. Leipzig 1932, Bd. 1, S. 346 ff.
Levy, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs und im Vergleichsverfahren. In „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", Berlin und Leipz. 1931 S. 148 ff.
Liebstädter, Wie ist die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts zweckmäßig zu formulieren? In: „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht" Berlin und Leipzig 1931, S. 228 ff.
Hypertrophie des Eigentums. In JW. 1932 S. 3740.
Lubowski, Eigentumsvorbehalt. Im Zentralbl. f. freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 9 S. 68 ff.
Maas, Die Wirkung der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters. Diss. Jena 1915.
Maeder, Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge. Berlin 1929.
Mansfeld, Gewährleistungsansprüche im Konkurse des Verkäufers. In Leipz. Zeitschr. 1927, Sp. 873 ff.
Mansfeld, Walter, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und im Vergleichsverfahren. Diss. Göttingen 1931.
Mayer, Kommentar zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. München. 1928.
Meisner, Der Eigentumsvorbehalt. München, Berlin, Leipzig 1932.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 4. Aufl. 1932.
Merkel, Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht. 1895.
Merkel II, Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren. In JW. 1931, S. 2088 f.
Eigentumsvorbehalt und Vergleichsverfahren. In JW. 1932, S. 157.

Meyer, Die Vermischung von Forderungen als Folge von Eigentumsvorbehalten. In JR. 1931, S. 246.
Meyer-Bleyer, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. 1928.
Meyerstein, Zur Frage der Sicherungsmaßnahmen im Kreditverkehr unter besonderer Berücksichtigung des Eigentumsvorbehalts. In „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", Berlin u. Leipzig 1931, S. 7 ff.
Mugdan. Die genannten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd., Berlin 1899.
Müller, Die Wirkung der heutigen exeptio rei venditae et traditae. In Leipz. Zeitschr. 1908 Sp. 684 ff.
Nagel, Beiderseits unerfüllte Verträge im Vergleichsverfahren. Heidelberg 1929.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928.
Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers. In Leipz. Zeitschr. 1927, Sp. 9 ff.
Leistungshandlung und Leistungserfolg. In Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 93 S. 356 ff.
Oetker, Ueber den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. In Zeitschr. f. Deutsch. Zivilproz. Bd. 14, S. 1 ff.
Pakuscher, Darf der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen zur Masse anfordern, wenn er die weitere Erfüllung ablehnt. In JW. 1913 S. 723.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Lahr, 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Bd., 3. Bd., 4. Aufl. 1927.
Powidzer, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers und Verkäufers. Diss. Breslau 1931.
Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Reichsgerichtsrätekommentar, zum BGB. 6. Aufl. 1932.
Folgen der Erfüllungsablehnung im Verlegerkonkurs. In LZ. 1910 Sp. 641 ff.
Ritter, Kreditsicherung durch Eigentumsvorbehalt. Heidelberg 1930.
Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließl. des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung. Berlin 1930.
Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. In Z.Z.P. Bd. 56, S. 154 ff.
Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltskäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung. In LZ. 1931, Sp. 153 ff.
Sachs, Die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge des Gemeinschuldners auf Grund der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters. Diss. Rostock, 1915.
Samolewitz, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vgl.O.) v. 5. 7. 27, Komm. und Formulare. 2, Aufl. 1929.
Samter, Komm. zum Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Berlin, 1927.

Sandrock, Die Behandlung der zweiseitigen Verträge im Konkurse nach § 17 KO. unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs „Erfüllung". Berlin 1928.
v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.
Schalfejew, Der Eigentumsvorbehalt in der Rechtsprechung. In „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft u. Recht", Berlin und Leipzig. 1931 S. 95 ff.
Schlink, Findet § 17 KO. Anwendung, wenn der Käufer dem die Sache unter Eigentumsvorbehalt übergeben worden ist, in Konkurs fällt? In JR. 1930 S. 249.
Schlotter, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Verkäufers. In Leipz. Zeitschr. 1911. S. 49 ff.
Schwister, Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht. In JW. 1931 S. 1160 ff.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.
Sperling, Die Einwirkung des Konkurses auf schwebende Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen 1908.
Spiegel, Rechtsfragen beim Eigentumsvorbehalt. Diss. Köln 1928.
Spiro, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers bei Verkäufen unter Eigentumsvorbehalt. In Archiv f. Ziv. Prax. Bd. 133. S. 315 ff.
Staub-Koenige, Komm. zum BGB. 2. und 3. Bd., 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger, Komm. zum BGB. 2. und 3. Bd. 9. Aufl. 1928,
Sternberg, Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurs des Käufers. In JW. 1913. S. 851.
Stulz, Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht. 3. erw. Aufl., Berlin 1932.
Besprechung von Rühl, „Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft". In: JW. 1930 S. 2771.
v. Tuhr, Der allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd.: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig 1910.
Verfügung über künftige Forderungen. In DJZ. 1904 Sp. 426 ff.
Zur Lehre von der Anweisung. In Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 1 ff.
Wallach, Findet § 17 KO. Anwendung, wenn der Käufer, dem die Sache unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises übergeben worden ist, in Konkurs fällt? In JR. 1930 S. 117.
Warneyer, Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. 2. Aufl. 1930.
Weiße, Der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft. Diss. Leipzig 1911.
Wilmowsky-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Wolff, Martin, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 3. Bd.: Sachenrecht. 8. Bearb. 1929.
Das Recht zum Besitz (Sonderausgabe aus der Festgabe für Koch) Berlin 1903.
Wolff, Theodor, Die Konkursordnung, Kommentar. 2. Aufl. 1921.
Ziffer, Uneigentlicher Eigentumsvorbehalt mit dinglicher Surrogation. In JW. 1930, S. 1358 ff.

Benutzte Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. Bolze).
Buschs Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (zit. ZZP.).
Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. RGZ.).
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (zit. Gruch.).
Juristische Rundschau (zit. JR.).
Juristische Rundschau, Höchstrichterliche Rechtsprechung (zit. HRR.).
Juristische Wochenschrift (zit. JW.).
Konkurs und Treuhandwesen (zit. K. u. T.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zit. LZ.).
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (zit. OLGE.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (zit. Seuff. Arch.).
Warneyer Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (zit. Warn. Rechtspr.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (zit. ZHR.).

§ 1.

Einleitung.

I. Die heutige Wirtschaftslage zwingt immer weitere Kreise dazu, sich des Eigentumsvorbehalts als eines wirtschaftlichen Sicherungsmittels für ausstehende Kaufpreisforderungen zu bedienen. Dabei besteht die Tendenz, solche Vereinbarungen zu treffen, die die Rechte des Käufers einschränken, während der Verkäufer die größtmöglichste Sicherheit haben soll.

Im Geschäftsverkehr zwischen Fabrikanten und Händlern findet man regelmäßig Eigentumsvorbehaltsklauseln, die über die Regelung des § 455 BGB. hinausgehen. Es gibt Vertragsbestimmungen, in denen dem Händler lediglich die Sicherungsübereignung und Verpfändung sowie das Verschleudern und die Weiterveräußerung im Wege des Ausverkaufs hinsichtlich der auf Kredit gekauften Waren untersagt ist. Diese Bestimmung, verschiedentlich als „uneigentlicher Eigentumsvorbehalt" bezeichnet, findet sich in Verbindung mit dem normalen Eigentumsvorbehalt des § 455 BGB., aber auch ohne diesen. Sehr häufig tauchen Vertragsbestimmungen auf, in denen gesagt ist, daß die durch den Weiterverkauf der Vorbehaltssachen dem Käufer noch entstehenden Kaufpreisforderungen mit ihrer Entstehung als auf den Verkäufer übergegangen gelten. Mitunter ist neben dem Eigentumsvorbehalt über die Abtretung der erst in Zukunft entstehenden Forderungen generell bestimmt: Im Falle der Weiterveräußerung vor der völligen Bezahlung des Kaufpreises steht der Erlös aus der Weiterveräußerung dem Verkäufer zu und gilt als auf ihn übergegangen. Vereinzelt hat man versucht, den Verkäufer dadurch besonders für den Konkursfall zu sichern, daß vereinbart wird, im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer gelte der erstere bis zur völligen Bezahlung als Kommissionär des Verkäufers.

Auch auflösend bedingte Eigentumsvorbehaltsklauseln sind möglich und kommen vor. Dabei wird dann und wann nicht auf die Zahlung des Käufers, sondern auf andere Ereignisse, wie Pfändungen in das Vermögen des Käufers oder Sicherungsübereignungen seitens des Käufers abgestellt.

Das Aufkommen derartiger Vertragsbestimmungen läßt eine Anzahl von Rechtsfragen entstehen, die insbesondere im Konkurs- und im Vergleichsverfahren Schwierigkeiten hervorrufen können.

II. Wird an einen Konsumenten etwas unter Eigentumsvorbehalt verkauft, so sind sich die Parteien darüber einig, daß die gekaufte Sache als zur Benutzung seitens des Käufers bestimmt während des Bestehens des Eigentumsvorbehalts nicht weiter veräußert werden darf. Hat jedoch der Käufer die Ware angeschafft, um sie in seinem Geschäftsbetriebe weiter zu veräußern, so ist anzunehmen, daß der Käufer zur Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen, auch vor völliger Bezahlung, ermächtigt ist. In derartigen Fällen gehen die Parteien zwar davon aus, daß die Kaufpreisforderung durch den Eigentumsvorbehalt gesichert werden soll; da aber der Käufer auf Gelderwerb durch die Weiterveräußerung angewiesen ist, hat der Kauf, ob mit oder ohne Eigentumsvorbehalt, für ihn nur den Sinn, die Waren gewinnbringend weiter zu verkaufen. Diese Sachlage trifft für jeden Händler zu, der einen auf Veräußerung der Kaufsachen gerichteten Geschäftsbetrieb hat. Daher hat der Verkäufer, der einem Händler etwas unter Eigentumsvorbehalt liefert, beim Verkauf diesen Umstand zu berücksichtigen. Jedenfalls ist aber der Verkäufer durch den Eigentumsvorbehalt bis zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs geschützt. Um den Verkäufer über diesen Zeitpunkt hinaus zu sichern, werden die bereits erwähnten Klauseln vereinbart, wonach der Erlös aus der Veräußerung der Vorbehaltssachen dem Verkäufer zustehen soll. Der Eigentumsvorbehalt soll sich hier also auch auf die Surrogate der Vorbehaltssachen erstrecken.

Wenn die Kontrahenten einen Eigentumsvorbehalt an zur Weiterveräußerung bestimmten Sachen vereinbaren, dann sind sie sich darüber einig, daß der Eigentumsvorbehalt infolge einer etwaigen Weiterveräußerung gegenstandslos wird. Der Verkäufer hat dem Käufer die Ermächtigung zur Eigentumsübertragung an einen Dritten gemäß § 185 BGB. gegeben. Denn in einem Verkauf an einen Kaufmann, der mit den Vorbehaltssachen bekanntermaßen Handel treibt, liegt die stillschweigende Ermächtigung zur Weiterveräußerung [1]). Der Umfang dieser Ermächtigung muß sich in gleicher Weise aus dem ausgesprochenen oder unausgesprochenen Parteiwillen entnehmen lassen, wie die Veräußerungsbefugnis selbst.

Bei der Bestimmung des Umfanges der Ermächtigung zur Weiterveräußerung ist von folgendem Gesichtspunkt auszugehen: Der Vorbehaltsverkäufer hat die Ermächtigung zur Weiterveräuße-

---

[1]) Vgl. Recht 1907, No. 1005; OLG. Celle in JW. 1926, S. 2102; Rühl, S. 38 u. S. 60; Stülz, S. 25; Ritter, S. 27; Spiegel, S. 29, Schalfejew, S. 101; Meiner, S. 20.

rung gegeben, um dem Käufer durch die Möglichkeit der Weiterveräußerung die Mittel zur Bezahlung der Vorbehaltssachen zu geben. Daraus ergibt sich der Umfang der Ermächtigung [2]). Die unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren dürfen danach nicht verschleudert und nur im ordentlichen Geschäftsbetriebe veräußert werden. Einen wertvollen Hinweis in dieser Richtung bietet der § 240 Abs. 1 Ziff. 2 KO., der als konkrete Bestimmung des Umfangs der Weiterveräußerungsbefugnis angesehen werden kann. Ebensowenig dürfen sonstige Verfügungen hinsichtlich der Vorbehaltssachen getroffen werden, die nicht dem Zwecke eines ordentlichen Erwerbsbetriebes dienen; zu den durch die Veräußerungsbefugnis nicht umfaßten Verfügungen gehören in erster Linie Sicherungsübereignungen und Verpfändungen. Ebensowenig fällt in das Recht zur Weiterveräußerung auch die Befugnis, die unter Eigentumsvorbehalt angeschafften und noch nicht bezahlten Waren im Wege des Ausverkaufs oder eines Geschäftsverkaufes im ganzen an einen Dritten zu übereignen. Bei solchen Geschäften kann man gleichfalls nicht von einer Veräußerung im Rahmen eines ordentlichen Geschäftsbetriebes sprechen, die allein zu gestatten, Wille des Verkäufers ist.

Bei Waren, deren Wert nach Saisonablauf erheblich sinkt, dürfte jedoch der Verkäufer regelmäßig kein Interesse haben, einen Ausverkauf der Vorbehaltssachen zu verbieten. Denn verhindert er den Absatz dieser Saisonartikel, so erschwert er dadurch lediglich die Lage des Schuldners, ohne durch den Eigentumsvorbehalt in Anbetracht der Wertminderung der Ware hinreichend gesichert zu sein [3]).

Nicht ganz einfach zu beantworten ist die Frage, inwieweit die Weiterveräußerung im Konkurs- oder im Vergleichsverfahren des Vorbehaltskäufers gestattet ist. An sich entfällt die Weiterveräußerungsbefugnis durch ein derartiges Verfahren noch nicht [4]).

Die Ermächtigung des Verkäufers zur Weiterveräußerung ist aber nicht so auszulegen, daß nunmehr der Käufer die Vorbehaltssachen unter ihren Wert veräußern dürfte. Die Weiterveräußerungsbefugnis erstreckt sich grundsätzlich nur auf den regulären Geschäftsbetrieb. Diese Begrenzung gilt sinngemäß auch im Konkurs- und Vergleichsverfahren. Die Veräußerung ist vom Verkäufer nicht gestattet, wenn der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. oder der Käufer gemäß § 28 Vgl.O. die Erfüllung abgelehnt haben. Die

---

[2]) Vgl. Schalfejew, S. 101—103; Stulz, S. 25.

[3]) Schalfejew, S. 102; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl., Bd. IV, S. 1200 Anm. 143.

[4]) Schalfejew, S. 103.

Verwertung ist auch nur insoweit als erlaubt anzusehen, als die völlige Abdeckung der Schuld an den Verkäufer sichergestellt ist.

Aus den besonderen Umständen kann sich aber in Ausnahmefällen ergeben, daß eine Befugnis zur Weiterveräußerung im Konkurs- oder Vergleichsverfahren grundsätzlich nicht gegeben ist.

Der „uneigentliche Eigentumsvorbehalt" enthält gewisse Verfügungsbeschränkungen für den Käufer in Ansehung der Vorbehaltssachen. Mag er nun mit dem eigentlichen Eigentumsvorbehalt verbunden sein oder nicht, aus dem uneigentlichen Eigentumsvorbehalt folgt, ohne daß der Käufer Händler zu sein braucht, durch Umkehrschluß, daß der Käufer zur Weiterveräußerung befugt ist. Regelmäßig wird jedoch der uneigentliche Eigentumsvorbehalt nur gegenüber Kaufleuten in Anwendung gebracht, da er gegenüber Konsumenten wirtschaftlich ohne rechten Sinn ist.

Wenn man also grundsätzlich bei Vorbehaltsverkäufen an Händler die Ermächtigung zur Weiterveräußerung als durch Vertrag gegeben hinnehmen muß, so führt es doch zu weit, wenn Ritter[5]) behauptet, dieses Recht habe sich bereits zu einem Handelsbrauch verdichtet.

Von einem Handelsbrauch kann man nur dann sprechen, wenn die Vornahme bestimmter Handlungen infolge einer Uebung von längerer Dauer in der Vorstellung der in Frage stehenden Kreise als allgemein üblich empfunden wird. Dagegen liegt ein Handelsbrauch dann nicht vor, wenn aus der Natur eines Rechtsgeschäftes und den es begleitenden Umständen in der Regel ein gleicher Rückschluß auf den Vertragswillen der Parteien zu ziehen ist. So aber liegt es in unserem Falle.

III. Der Eigentumsvorbehalt ist auch an verbrauchbaren Sachen möglich, die nicht nur deshalb verbrauchbar sind, weil sie zu einem Warenlager gehören. Der Eigentumsvorbehalt an verbrauchbaren Sachen wird zwar mit deren Verbrauch gegenstandslos; daraus folgt jedoch nicht, daß der Vorbehalt an sich jeden rechtlichen Sinnes bar ist. Der Wille, der sich das Eigentum vorbehaltenden Partei geht dahin, sich bis zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Waren zu sichern. So ist selbstverständlich der Abzahlungskäufer von Textilwaren, die er zum Zwecke persönlichen Gebrauchs erworben hat, berechtigt, diese durch ihre Benutzung zu verschleißen. Der Verkäufer kann ihn vor der völligen Bezahlung ebensowenig hindern, diese im Gebrauch vollständig zu verbrauchen. Auch dadurch wird der Eigentumsvorbehalt hinfällig.

---

5) Ritter, S. 29.

Die Möglichkeit eines Eigentumsvorbehalts an verbrauchbaren Sachen aller Art, und zwar auch an solchen, die nicht nur deshalb verbrauchbar sind, weil sie zu einem Warenlager gehören, ist heute allgemein anerkannt [6]) [7]).

---

[6]) Vgl. RGR. Komm. § 455 Anm. 2; Warneyer, § 455 Anm. II; Staub-Koenige, Anhang zu § 382 Anm. 68 a; Rühl S. 36; Spiegel S. 28/29; Cohn in JW. 1927 S. 2759; OLGE. Bd. 15, S. 235; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 1200 Anm. 143; Meisner, S. 6.

[7]) Die durch den Eigentumsvorbehalt an zur Verarbeitung, Verbindung, Vermischung bestimmten Sachen entstehenden Fragen werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt, da es sich hierbei nicht um spezifisch konkursrechtliche Probleme handelt.

I. Abschnitt:

Das Konkursverfahren.

1. Kapitel:

Die Anwendung des § 17 KO.

§ 2.

Die Anwendung des § 17 KO. beim Vorbehaltskauf mit aufschiebend bedingter Uebereignung.

I. Nach § 17 KO. hat der Konkursverwalter ein Wahlrecht, ob er bei gegenseitigen, von beiden Vertragsgenossen nicht oder noch nicht völlig erfüllten Verträgen den Vertrag erfüllen will oder nicht. Die Voraussetzungen für das Wahlrecht des Konkursverwalters sind somit folgende:

a) Es muß sich um einen gegenseitigen Vertrag handeln,
b) Der Vertrag darf von beiden Parteien nicht oder noch nicht völlig erfüllt sein,
c) Es muß überhaupt noch ein Erfüllungsanspruch bestehen.

Es fragt sich nun, inwieweit bei unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Kaufgeschäften der § 17 KO. Anwendung findet, wenn ein Kontrahent vor der völligen Bezahlung seitens des Käufers in Konkurs gerät. Die Voraussetzung des gegenseitigen Vertrages ist beim Vorbehaltskauf zweifellos gegeben.

II. Nach der herrschenden Ansicht findet § 17 KO. Anwendung. Sie stützt sich darauf, daß nach § 433 Abs. 1 BGB. der Verkäufer seine Pflichten aus dem Kaufvertrage erst erfüllt habe, wenn die Sache übergeben und in das Eigentum des Käufers übergegangen ist [1]). Solange das Eigentum an der Kaufsache nicht auf den Käufer übergegangen sei, sei der Vertrag seitens des Käufers noch nicht völlig erfüllt.

---

[1]) Brecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 61 S. 298; RGZ. Bd. 64 S. 204 ff. (206); Bd. 64 S. 334 f. (336); Bd. 85 S. 403; Bd. 95 S. 105; KG. in JW. 1925 S. 2020 Sp. 1; OLG. Hamm in JW. 1926 S. 2115 Nr. 13 u. in JW. 1927 S. 730 Nr. 22; Staub-Koenige Anh. zu § 382 Anm. 90; Jaeger § 17 Anm. 11; v. Sarwey-Bossert § 17 Anm. 2 a, S. 100; Planck § 455 Anm. 2 e; Staudinger § 455, Anm. IV a; RGZ. Bd. 133 S. 42; Mentzel § 17 Anm. 2; Wolff § 17, Anm. 5; Jaeger in Konkurs- und Treuhandwesen 1927 S. 2/3; Adler in ZHR. Bd. 86 S. 307; Jaffé S. 88; Levy S. 150; Warneyer, § 455 Anm. 1; Bendix in JW. 1930, S. 1361; Nagel S. 54 ff.; Maeder S. 12; Powidzer S. 32; Kamm S. 14; Düringer-Hachenburg, Bd. 3 S. 217; Kiesow § 4 Anm. 8 a; Stulz S. 69; Mayer § 4 Anm. 12; Jacusiel S. 41, S. 97; vgl. auch Bley in Judicium 1932, Sp. 202, 212.

Von den Gegnern dieser Ansicht [2]), insbesondere Oertmann, wird ausgeführt, daß hinsichtlich des § 17 KO. zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg zu unterscheiden sei; wenn auch unter Erfüllung im Sinne des § 362 BGB. die Herstellung eines bestimmten Leistungserfolges zu verstehen sei, so beziehe sich § 17 KO. dennoch nur auf die Fälle, bei denen die geschuldeten Leistungshandlungen noch nicht erfolgt seien. Der Verkäufer sei allerdings nach § 433 BGB. zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Werde aber dem Käufer die Ware übergeben und sei ein Eigentumsvorbehalt ausbedungen, so habe damit der Verkäufer alles getan, wozu er verpflichtet sei. Es gebe Fälle, in denen der Eintritt des Leistungserfolges Mitwirkungshandlungen des Vertragsgegners, so hier des Käufers, oder die Vornahme behördlicher Akte voraussetze. Auf diese habe aber der Schuldner keinen Einfluß. Daher beziehe sich das Gläubigerrecht nur auf die Vornahme der fraglichen Leistungshandlungen [3]). Der Verkäufer sei in den Fällen des § 455 BGB. mit der Uebergabe der Kaufsache unter bedingter Uebereignung seiner Verpflichtung aus § 433 BGB. vollständig nachgekommen, da er die geschuldete Leistungshandlung bewirkt habe. Nunmehr sei es Sache des Käufers, die zum Eigentumsübergang und damit zum Eintritt des Leistungserfolges noch erforderliche Bedingung auszulösen.

III. U. E. kommt es bei der hier in Rede stehenden Frage auf die Unterscheidung zwischen Leistungsbedingung und Leistungserfolg nicht an [4]). Diese Unterscheidung mag für Grundstücke, die aufgelassen, aber noch nicht eingetragen sind, Bedeutung haben. Für den Vorbehaltsverkauf ist sie bedeutungslos.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer zur Uebergabe und Eigentumsbeschaffung verpflichtet. Er hat daher auch nach der von Oertmann, Rühl u. a. vertretenen Ansicht alle die Handlungen auszuführen, die zur Herbeiführung des geschuldeten Rechtserfolges von seiner Seite irgendwie erforderlich sind. Seine Eigentumsverschaffungspflicht ist zwar ein Teil des synallagmatischen Kaufvertrages, aber sie ist doch als selbständige Verpflichtung, unabhängig von der Erfüllung der Gegenseite, anzusehen, sodaß erst nach der Eigen-

---

[2]) Oertmann § 455 Anm. 4; Oertmann in LZ. 1927 Sp. 9 f., insbes. Sp. 16 und in ZHR. Bd. 93 S. 396 ff.; Rühl, S. 194 und 208; Sandrock S. 75 ff.; Kreß S. 414 Anm. 59; Wilmowsky-Kurlbaum § 17 Anm. 4 Abs. 2; Lubowski i. ZBl. f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 9 S. 69; Lehmann S. 350 ff.; Walter Mansfeld S. 45; s. auch Stulz in JW. 1930 S. 2772; Rühl in ZZP. Bd. 56 S. 165 ff.; Rühl in LZ. 931 Sp. 158.

[3]) So insbesondere Rühl, S. 194.

[4]) anders Jacusiel, S. 41.

tumsverschaffung die Erfüllung vollendet ist. Es macht dabei nichts aus, ob man von Erfüllung erst sprechen will, wenn das Eigentum übergegangen ist, oder wenn alle erforderlichen Leistungshandlungen seitens des Verkäufers erfolgt sind.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung besteht auch dann, wenn dem Käufer der Kaufpreis gestundet ist. Die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht nur auf eine auflösend oder aufschiebend bedingte Uebereignung, sondern an sich auf die unbedingte Eigentumsübertragung. Es ist daher nicht richtig, daß der Verkäufer mit der bedingten Uebereignung alles getan hat, was er zur Herstellung des Leistungserfolges seinerseits hätte tun können. Hätte der Verkäufer alles getan, was zur Erfüllung des Leistungserfolges auf seiner Seite erforderlich ist, so hätte er die Kaufsache unbedingt übereignen müssen [5]). Da er aber nur bedingt übereignet hat, mag dies unter einer suspensiven oder resolutiven Bedingung geschehen sein, so hat er nicht voll erfüllt. Man kann nicht sagen, daß er in Anbetracht der Stundung des Kaufpreises zu einem Mehr nicht verpflichtet war. Wird ein Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt geschlossen, dann sagt damit der Verkäufer zum Käufer: Du, Käufer, brauchst nicht sofort den Kaufpreis zu entrichten. Zur Sicherung meiner Kaufpreisforderung komme aber auch ich nicht meiner Uebereignungspflicht vollständig nach, sondern Du erhälst die Kaufsache zu Eigentum erst mit der Bezahlung des letzten Kaufpreisrestes.

Daraus erhellt: Selbst wenn man mit Oertmann das Wort „Erfüllung" in § 17 KO. als Erfüllung im Sinne von Leistung der geschuldeten Leistungshandlungen verstehen will, kommt § 17 KO. zur Anwendung; denn der Verkäufer hat nicht alle diejenigen Leistungshandlungen vorgenommen, die er zur Herstellung des Leistungserfolges vorzunehmen in der Lage war [6]). Wie man immer das Wort „Erfüllung" im Sinne des § 17 KO. auffassen will, stets ergibt sich dasselbe Resultat. Hatte der Verkäufer unter einer Bedingung übereignet, so hat er auch vor der völligen Abdeckung der Kaufschuld noch nicht gänzlich erfüllt.

Es kann daher unerörtert bleiben, ob die Ansicht Rühls [7]), daß der Eigentumsvorbehalt als bloßes Sicherungsrecht zur Anwendung des § 64 KO. zwinge, richtig ist. Rühl geht davon aus, daß verhindert werden solle, daß infolge der Nichtanwendung des § 17

---

[5]) Jaffê, Seite 89

[6]) Wallach in JR. 1930 S. 117; a. M. Schlink in JR. 1930 S. 249.

[7]) Rühl S. 157 ff.

KO. der Verkäufer im Konkurse des Käufers die Vorbehaltssache aussondern und außerdem noch seinen Kaufpreisanspruch geltend machen könne. Nach Rühl solle der Verkäufer seine Kaufpreisforderung lediglich nach Maßgabe des § 64 KO. als Konkursforderung vorbringen können. Diese Problematik ergibt sich nur, wenn die herrschende Lehre bezüglich der Anwendung des § 17 KO. abgelehnt wird.

IV. Nach einer andern Ansicht [8]) mag die herrschende Lehre für diejenigen Fälle zutreffen, in denen es sich um den Kauf von Gegenständen handelt, die der Käufer für die Dauer behalten wolle. Dann gehe nämlich der Parteiwille tatsächlich dahin, daß der Käufer nach Bezahlung der Vorbehaltssachen diese als eigen behalte. Anders aber verhalte es sich mit den Kaufsachen, die zum Zwecke des Weitervertriebes vom Käufer angeschafft seien. Hier seien sich die Parteien darüber einig, daß der Käufer Waren vor ihrer Bezahlung weiter veräußern dürfe. Die Parteien hätten bei diesen Verträgen die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung durch vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen [9]). Der Verkäufer habe daher seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage mit der Uebergabe erfüllt. Für die Anwendung des § 17 KO. sei kein Platz.

Gegen Auerbach ist zu sagen, daß ein Kaufvertrag, auf Grund dessen der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung nicht verpflichtet sein soll, begrifflich nicht vorstellbar ist. Wohin soll die Verpflichtung des Verkäufers gehen? Zur bloßen Gebrauchsüberlassung? Dann handelt es sich um einen Mietvertrag. Zur Ueberlassung zwecks kommissionsweisen Verkaufs? Dann dürfte der Käufer nicht auf eigenes Risiko über die Vorbehaltssachen verfügen. Aber schon allein aus der Tatsache, daß der Verkäufer sich das Eigentum vorbehält, ergibt sich der Vertragswille, daß das Eigentum, wenn auch nicht jetzt, so doch später, in Erfüllung der Kaufverpflichtung auf den Käufer übergehen soll. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß der Käufer als Händler das Recht hat, vor Vollendung seines Erwerbs über die Vorbehaltssachen zu verfügen. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung ist allerdings fortgefallen, wenn der Käufer die Sache weiter veräußert hat. Daraus ist jedoch nicht mit Auerbach zu folgern, daß eine derartige Verpflichtung niemals bestanden hat. Dieser Umstand hat bloß die Bedeutung, daß in Erfüllung seiner Verbindlichkeit der Verkäufer dem Käufer gestattet hat, über die Kaufsache wie über eine eigene zu

---

[8]) Auerbach, Seite 69.

[9]) vgl. dagegen Brecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 61 S. 297.

verfügen. Soweit diese Erlaubnis mangels einer Weiterveräußerung der Kaufsachen nicht praktisch wird, besteht die Eigentumsverschaffungspflicht weiter. Auch Auerbach wird wohl kaum behaupten, daß der Verkäufer hinsichtlich der nicht weiter veräußerten oder nicht verbrauchten Sachen eine Eigentumsverschaffungspflicht nicht hat.

V. Wenn also auch im Ergebnis die herrschende Lehre richtig ist, so ist doch u. E. nicht immer richtig, was von Autoren, die die herrschende Ansicht vertreten, zu ihrer Begründung gesagt wird.

Das Reichsgericht[10]) verlangt bei einer aufschiebend bedingten Uebereignung, daß der Eigentumsübertragungswille im Augenblick des Eintritts der Bedingung vorhanden ist, damit sich der Uebergang des Eigentums vollziehe. Erst im Augenblick des Eintritts der Bedingung solle auch der dingliche Vertrag geschlossen sein. Aus dieser Erwägung heraus kommt das Reichsgericht zur Anwendung des § 17 KO., wenn vor der völligen Bezahlung der Vorbehaltssachen eine Partei in Konkurs gerät.

Beim Vorbehaltskauf wird im Augenblicke der Uebergabe der dingliche Vertrag, wenn auch bedingt, geschlossen. Mit dem Eintritt der Bedingung tritt ipso iure die vom Eintritt der Bedingung abhängig gemachte Rechtsfolge gemäß § 158 Abs. 1 BGB. ein. Es ist nicht ersichtlich, worauf sich das Reichsgericht bei seiner Behauptung, daß der dingliche Vertrag erst geschlossen werde, wenn die Bedingung eintrete, stützt.

Soll denn nach dem Reichsgericht die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts lediglich obligatorische Wirkung in dem Sinne haben, daß der Verkäufer verpflichtet ist, die Kaufsache nach völliger Bezahlung der Kaufsumme zu übereignen? Warneyer ist zwar der Ansicht, daß im Augenblick des Bedingungseintritts zum Eigentumsübergang auch der Uebertragungswille des Vorbehaltsverkäufers erforderlich ist, führt aber weiter aus, daß es einer weiteren Willenseinigung zwischen den Parteien nicht bedürfe[11]).

Die Ansicht des Reichsgerichts zielt jedoch auf dieses Ergebnis hin. Wenn im Augenblick des Bedingungseintritts der Eigentumsübertragungswille vorhanden sein muß, so muß man bei Folgerichtigkeit dazu kommen, einen Eigentumserwerbswillen beim Käufer zu verlangen. Eine solche Auslegung widerspricht aber sowohl dem

[10]) RGZ. 64 S. 206; Bd. 64 S. 336; Bd. 85 S. 403; Bd. 95 S. 107; Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 63 b; Warneyer § 455 Anm. 1; Bendix in JW. 1930 S. 1361.

[11]) Warneyer, § 455 Anm. 1.

§ 158 wie dem § 455 BGB. § 455 BGB. geht davon aus, daß bei einem Eigentumsvorbehalt die Uebereignung unter der aufschiebenden Bedingung der völligen Bezahlung erfolgt. Das Reichsgericht behandelt aber die Sachlage so, als sei eine, wenn auch bedingte, Uebereignung überhaupt noch nicht erfolgt, sondern als sei lediglich die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers aufschiebend bedingt gewesen und nunmehr durch den Eintritt der Bedingung zur vollen Wirksamkeit gelangt.

Mit dem Eintritt der Bedingung ist das vom Berechtigten bedingt erworbene Recht diesem ipso iure endgültig zugefallen. Es bedarf also bei der aufschiebend bedingten Uebereignung nach Eintritt der Bedingung, um den Erwerb zu vollenden, keines Uebertragungsaktes mehr [12]).

Die Anwendbarkeit des § 17 KO. bei Vorbehaltskäufen ist ferner nicht damit zu begründen, daß andernfalls der Eigentumsvorbehalt gerade in den Fällen versagen würde, für die er vereinbart sei [13]). Mit Recht ist hiergegen von den Gegnern der herrschenden Ansicht Stellung genommen [14]). Im Falle der Unanwendbarkeit des § 17 KO. im Konkurse des Käufers wäre der Verkäufer auf eine Konkursforderung angewiesen. Er könnte aber andererseits die Vorbehaltssachen aussondern (bezw. nach Rühl absondern), da er deren Eigentümer geblieben ist [15]). Eine Berufung des Konkursverwalters auf die exceptio rei venditae et traditae wäre ausgeschlossen, da dem Verkäufer nur konkursmäßige Befriedigung gewährt würde. Im übrigen wäre, wie mit Recht von Oertmann hervorgehoben wird, auch gegen die Geltendmachung des Rücktrittsrechts gemäß § 455 BGB. seitens des Verkäufers im Konkurse des Käufers nichts einzuwenden [14]). Dann jedenfalls könnte der Verkäufer aussondern.

---

12) Enneccerus-Lehmann, Bd. 2 § 118 I, 2 und Anm. 3; Oertmann § 455 Anm. 4; Planck § 455 Anm. 2 a; Cosack Bd. 1 § 187, S. 539, RGR.Komm. § 158 Anm. 4; KG. in OLGE. Bd. 26 S. 57 und in JW. 1925 S. 2020. Sp. 1; Sandrock S. 72; Jaffé, S. 11 und S. 88; Powidzer, S. 16; Weiße S. 70; Nagel S. 55; neuerdings auch das RG. in JW. 1925 S. 353 Nr. 6.

13) RGZ. Bd. 64, S. 336; KG. in JW. 1925 S. 2020 Sp. 1; Jäger § 17 Anm. 11.

14) Sandrock S. 78 ff.; Oertmann in LZ. 1927 Sp. 10.

15) Nagel S. 55.

Wenn auch nicht immer die von Vertretern der herrschenden Lehre gegebene Begründung zu billigen ist, so ist das Ergebnis doch richtig: Ist etwas unter Eigentumsvorbehalt verkauft und übergeben worden, und gerät eine Vertragspartei vor der völligen Bezahlung der Kaufschuld in Konkurs, so kommt hinsichtlich dieses Vertragsverhältnisses der § 17 KO. zur Anwendung; denn weder der Verkäufer noch der Käufer hatten z. Zt. der Konkurseröffnung ihren Erfüllungsverpflichtungen völlig genügt.

§ 3.

Die Anwendung des § 17 KO. beim Kauf mit auflösend bedingter Uebereignung.

I. Beim Eigentumsvorbehalt mit auflösender Bedingung gilt bezüglich der Anwendung des § 17 KO. dasselbe wie bei einem Vorbehaltskauf mit aufschiebend bedingter Uebereignung. Es ist für diese Betrachtung gleichgültig, welche Bedingung für den Rückfall des Eigentums an den Verkäufer gesetzt ist. Mag die Bedingung die nichtpünktliche Entrichtung der Kaufpreisraten, mag sie die Zahlungseinstellung des Käufers, mag sie die Vornahme von Sicherungsübereignungen oder Verpfändungen seitens des Käufers sein, so macht dies für unser Problem keinen Unterschied. Der Verkäufer ist zur unbedingten Eigentumsverschaffung verpflichtet. Hatte der Verkäufer nur bedingtes Eigentum übertragen, so hat er noch nicht voll erfüllt. Gerät daher ein Vertragsteil vor der Bezahlung der Kaufpreisschuld in Konkurs, so ist der Käufer noch nicht unbedingter Eigentümer geworden, § 17 KO. greift ein, und der Konkursverwalter kann wählen, ob er sich für Erfüllung des Vertrages entscheiden will oder nicht [1]).

II. Die Ansicht Jaffés [2]), wonach § 17 KO. zwar bei einem Eigentumsvorbehalt mit aufschiebender Bedingung, nicht aber bei einem solchen mit auflösender Bedingung, Anwendung finde, ist nicht richtig. Nach Jaffé hat der Verkäufer allerdings seiner Verpflichtung aus § 433 BGB. auch bei einer Resolutivbedingung noch nicht völlig Genüge geleistet; denn das Gesetz fordere natürlich eine nicht verklausulierte Uebereignung. Aber da der Verkäufer nichts mehr zu leisten habe, könne § 17 KO. hier keine Anwendung finden.

Jaffé ist nicht folgerichtig. Er will zwar § 17 KO. bei der aufschiebend bedingten, nicht aber bei der auflösend bedingten Uebereignung anwenden. In beiden Fällen hat an sich der Verkäufer nichts mehr zu „leisten". In beiden Fällen ist der Erwerb des unbedingten Eigentums lediglich von dem Eintritt oder dem Nichteintritt einer in der Sphäre des Käufers liegenden Bedingung abhängig. Entscheidend ist aber allein, ob noch etwas vom Verkäufer im weitesten Sinne verlangt werden kann. Da beim Kauf der Verkäufer dem Käufer das Eigentum unbedingt zu verschaffen hat und der Parteiwille auf endgültigen Erwerb seitens des Käufers hinzielt,

---

1) Jäger § 17 Anm. 11 am Ende; Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 91, Anm. 92 a.

2) Jaffé S. 99 ff.

ist der Vertrag solange seitens des Verkäufers nicht erfüllt, als der Käufer kein unbedingtes Eigentum erworben hat. Hatte der Verkäufer auflösend bedingt übereignet, so mangelt es an völliger Erfüllung, weil er bisher weniger getan hatte, als er zu tun verpflichtet war. Beim Vorbehaltskauf, ganz gleich, ob aufschiebend oder auflösend bedingt übereignet war, hat daher der Verkäufer bis zum Erwerb unbedingten Eigentums durch den Käufer noch nicht völlig erfüllt und § 17 KO. kommt mithin zur Anwendung.

§ 4.

§ 17 KO. kommt nicht zur Anwendung, wenn auch nur einem Vertragsteil keine Erfüllungsansprüche mehr zustehen.

I. Nach § 137 BGB. haben vertragliche Verfügungsbeschränkungen keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung. Der „uneigentliche Eigentumsvorbehalt“ verpflichtet den Käufer lediglich vor der Bezahlung der Kaufsache gewisse Verfügungen über diese zu unterlassen.

Hat sich der Verkäufer neben der Vereinbarung des uneigentlichen Eigentumsvorbehalts nicht außerdem bei der Uebergabe das Eigentum an den Kaufsachen vorbehalten, so ist der Käufer unbedingter Eigentümer geworden.

Der Verkäufer ist nach § 433 BGB. nur zur Uebergabe und Eigentumsverschaffung verpflichtet. Hat der Verkäufer übereignet, so hat er keinerlei Verpflichtungen mehr zu erfüllen. Es gibt nichts, was von ihm noch gefordert werden könnte. Daran wird auch nichts dadurch geändert, daß zu seinen Gunsten die Verpflichtung des Käufers besteht, vor der völligen Bezahlung des Kaufpreises gewisse Verfügungen zu unterlassen. Nur eine Vertragspartei, der Verkäufer, hat noch etwas aus dem Kaufvertrag zu beanspruchen.

§ 17 KO. kommt somit im Konkurse einer Vertragspartei nicht zur Anwendung, da der Vertrag bereits seitens des Verkäufers voll erfüllt worden ist.

II. § 17 KO. ist nicht anwendbar, wenn der Vorbehaltskäufer, bevor er die Vorbehaltsachen bezahlt hatte, diese weiterverkauft und übereignet hatte. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Vorbehaltskäufer gemäß § 185 BGB. als Nichtberechtigter mit Ermächtigung des Berechtigten wirksam verfügt hat, oder ob der Erwerber durch guten Glauben Eigentum erworben hat [1]). Durch jede wirksame Uebereignung an einen Dritten wird der Eigentumsvorbehalt hinfällig, da das Eigentum des Vorbehaltskäufers erlischt und der

---

[1]) Kiesow § 4 Anm. 8 a S. 134 will nur durch die mit Ermächtigung des Vorbehaltsverkäufers erfolgte Veräußerung den Eigentumsvorbehalt erlöschen lassen. Wie Kiesow: Stulz S. 69 Anm. 206 KG. in JW. 1931 S. 2161 Nr. 46 und offenbar auch Jaeger § 17, Anm. 11 am Ende. Wie im Text: Rühl in ZZP. Bd. 56 S. 158; vgl. auch Mayer § 4, Anm. 12 und OLG. Hamburg in HRR. 1930 Nr. 1545; Eisold § 4, Anm. 14. Das Kammergericht stellt sich in JW. 1931 S. 2160 Nr. 44 auf den unhaltbaren Standpunkt, daß der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt habe, wenn der zur Weiterveräußerung befugte Abkäufer die Vorbehaltssache einem Dritten übereignet hat; dagegen Samolewitz in JW. 1931 S. 2160.

Dritterwerber Eigentum erwirbt[2]). Der Vorbehaltskäufer, der die Kaufsache dem Dritten wirksam übereignet hatte, hat daher keinen Eigentumsverschaffungs- oder sonstigen Erfüllungsanspruch mehr. § 17 KO. greift in diesen Fällen nicht ein, weil durch jede wirksame Uebereignung der Erfüllungserfolg infolge des Fortfalls des Eigentumsvorbehalts eingetreten ist.

Ist der Eigentumsvorbehalt, gleich aus welchem Grunde, fortgefallen, so hat der Käufer hinsichtlich der Eigentumsverschaffung keine Forderung mehr gegen seinen Verkäufer. Das ist auf die allgemeine Formel zu bringen, daß der Vorbehaltsverkäufer verbrauchbarer Sachen dem Käufer nichts mehr schuldet, wenn der Eigentumsvorbehalt an den Vorbehaltssachen durch deren Verbrauch oder durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung gegenstandslos geworden ist[3]).

Nach Staub-Koenige[4]) findet § 17 KO. keine Anwendung, wenn der Eigentumsvorbehalt durch Vermischung oder Verbindung mit einem Grundstück erloschen ist. Ist der Eigentumsvorbehalt gegenstandslos geworden oder aus irgendeinem Grunde erloschen, so ist für die Anwendung des § 17 KO. infolge des Eintritts des Erfüllungserfolges kein Raum[5]).

Eine andere Frage ist es, inwieweit bei einer kontraktwidrigen Weiterveräußerung der Verkäufer das Recht der Ersatzaussonderung hat.

III. Ist der Vorbehaltskäufer zur Sicherung der Kaufpreisschuld abstrakte Schuldverbindlichkeiten, beispielsweise Wechselverpflichtungen, eingegangen, so kann diese Schuld trotz ihrer abstrakten Natur in Ansehung des § 17 KO. nicht von der Hauptschuld getrennt betrachtet werden.[6]). Gerät der Käufer in Konkurs, so kann der Verkäufer nicht erklären: Hinsichtlich des Kaufvertrages mag § 17 KO. zur Anwendung kommen. Die Wechselforderung mache ich jedoch daneben im Verfahren als besondere Konkursforderung geltend.

Der Gläubiger würde auf diese Weise zu einer ihm nicht zustehenden Doppelbefriedigung gelangen.

---

[2]) RG. in Warn. Rechspr. 1927 S. 21.

[3]) Stulz S. 69.

[4]) Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 90 a; RGZ. Bd. 63 S. 307.

[5]) Jaeger, § 17 Anm. 11 am Ende; Kiesow § 4, Anm. 8 a; Samolewitz, § 4 Anm. 9; Mentzel § 17 Anm. 2; Nagel S. 57; Maeder S. 12; OLG. Hamm in JW. 1926 S. 2115 Nr. 13 und in JW. 1927 S. 730 Nr. 22.

[6]) KG. in JW. 1925 S. 2019, wo die Frage allerdings nur für die Geschäftsaufsichtsverordnung behandelt ist.

Sind abstrakte Verbindlichkeiten, wie es gemäß § 364 Abs. 2 BGB. die Regel ist, nur zahlungshalber eingegangen, so findet § 17 KO. Anwendung. Er findet keine Anwendung, wenn die Verbindlichkeit an Zahlungs Statt eingegangen ist. Dann hat der Käufer seine Kaufpreisschuld durch Eingehung der abstrakten Verbindlichkeit zum Erlöschen gebracht und ist mithin seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage vollständig nachgekommen [7]).

Gerät in diesem Falle der Verkäufer in Konkurs, so stehen sich auf der einen Seite das Anwartschaftsrecht des Käufers, der mit der völligen Abdeckung der Wechselschuld das Eigentum erwerben soll, auf der anderen Seite der Anspruch der Konkursmasse auf Deckung des Wechsels gegenüber. Gemäß § 69 KO. verwandelt sich das Anwartschaftsrecht des Käufers in eine Geldforderung. Die Kaufsache ist herauszugeben. Der Konkursverwalter kann Abdeckung des Wechselbetrages verlangen, doch hat demgegenüber der Käufer die Möglichkeit, seinen in eine Geldforderung umgewandelten Anspruch nach § 54 Abs. 4 KO. zur Aufrechnung zu bringen; denn die beiden Forderungen standen sich bereits vor der Konkurseröffnung aufrechnungsbereit gegenüber. Die Forderung des Käufers war vor der Konkurseröffnung bereits begründet.

Gerät der Käufer in Konkurs, so bleibt dessen Anwartschaftsrecht bestehen. Hinsichtlich der Befriedigung aus der abstrakten Schuldverbindlichkeit ist der Verkäufer auf die Konkursquote angewiesen. Das Eigentum geht aber auf den Käufer nicht schon mit Zahlung der Konkursquote, sondern erst mit Zahlung der Gesamtschuld über. Denn als Bedingung für den Eigentumsübergang war die Vollzahlung, nicht eine durch den Konkurs modifizierte Befriedigung, gesetzt. Ist es jedoch zu einem Zwangsvergleich gekommen, dann geht das Eigentum auf den Gemeinschuldner mit der Zahlung der Vergleichsquote über, weil durch den Vergleich dem Schuldner der die Quote übersteigende Teil seiner Forderung erlassen ist.

Wer behauptet, daß abstrakte Schuldverbindlichkeiten an Zahlungs Statt eingegangen seien, hat im Prozeßfalle die Beweislast, da er sich auf einen Sonderfall beruft [8]).

IV. § 17 KO. setzt voraus, daß beide Vertragsgenossen noch etwas vom anderen Teil zu fordern haben. Hat aber der Verkäufer vor der Konkurseröffnung über das Vermögen eines der beiden Vertragsteile die Kaufpreisforderung abgetreten, so bestehen keine Beziehungen mehr zwischen Käufer und Verkäufer. Mit der For-

---

7) Jaeger, § 17 Anm. 15.
8) Jaeger, § 17 Anm. 15.

derung gegen den Käufer ist auch das Recht aus dem Eigentumsvorbehalt auf den Zessionar nach Analogie des § 401 BGB. übergegangen. Diese Bestimmung ist nicht bloß so auszulegen, daß auf den Zessionar nur Pfandrechte und Bürgschaften übergehen. Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich, daß unter § 401 BGB. alle zur Sicherung der Forderung geeigneten Rechte fallen [9]). Auch der Eigentumsvorbehalt ist nur ein der Sicherung der Kaufforderung dienendes Nebenrecht, auf das somit § 401 BGB. entsprechend anzuwenden ist. Findet aber § 401 Anwendung, so richtet sich nunmehr der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers nicht mehr gegen den Verkäufer, sondern gegen dessen Zessionar [10]). Von den Gegnern dieser Ansicht [11]) wird gesagt, daß ein automatischer Uebergang des Eigentums mit der Kaufpreisforderung in Anbetracht der §§ 929 ff. BGB. ausgeschlossen ist.

Demgegenüber ist festzustellen, daß das vorbehaltene Eigentum für den Zedenten ohne die Kaufpreisforderung wirtschaftlich bedeutungslos ist, andererseits aber die Forderung des Zessionars ohne das vorbehaltene Eigentum entwertet ist.

Daneben führen aber auch theoretische Ueberlegungen dazu, den Eigentumsvorbehalt als ein Nebenrecht im Sinne der anderen im § 401 BGB. aufgeführten Rechte aufzufassen. Wie verschiedentlich gesagt ist, [12]) stellt der § 401 BGB. kein Sonderrecht dar, sondern ergibt sich aus dem Recht der Forderungsübertragung. Durch dieses Rechtsgebiet zieht sich der Grundsatz, daß die Forderung auf den Zessionar mit allen Vorteilen und Nachteilen übergehen soll. § 401 BGB. enthält keinen alle anderen Rechte ausschließenden Katalog der Rechte, welche allein durch die Forderungsabtretung ipso iure auf den Zessionar übergehen. Vielmehr ist eine analoge Erstrekkung auf andere Nebenrechte möglich, wenn diese im inneren Zusammenhange mit der Hauptforderung stehen. Dieser enge organische Zusammenhang besteht gerade beim Eigentumsvorbehalt. Hier wird das rechtliche Schicksal der Kaufsache von dem der Forderung abhängig gemacht. Das bedeutet, daß bei der Abtretung einer durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Kaufpreisforderung der Zedent nicht noch besonders das Eigentum an der Vorbehaltssache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs mit zu übertragen braucht, sondern

---

9) RG. in JW. 1907 S. 170 u. S. 745 ff.; RGZ. Bd. 65 S. 418.

10) Schlotter in LZ. 1911 Sp. 51; Staub a. a. O. Anm. 92; Rühl, S. 83; Powidzer S. 47; Geiler in JW. 1930 S. 2902.

11) Staudinger § 401 Anm. II, 2, a; Planck § 401 Anm. 1, b Abs. 2; Warneyer § 401 III Note 28; OLG. Stuttgart, im „Recht“ 1913 Nr. 329.

12) Oertmann, § 401 Anm. 2; RG. in JW. 1907 S. 170 u. S. 746; RGZ. Bd. 65 S. 418.

aus dem Sinn des § 401 BGB. ergibt sich, daß in der Abtretung der Forderung zugleich eine Abtretung des Herausgabeanspruchs zu sehen ist, wenn nicht die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbaren [13]).

V. § 17 KO. kann nur dann Anwendung finden, wenn überhaupt noch Erfüllungsansprüche bestehen. Konnte der Gemeinschuldner nicht mehr Erfüllung verlangen, so ist dies auch dem Konkursverwalter verwehrt.

Ist eine der beiden Vertragsparteien bereits vor der Konkurseröffnung in Verzug geraten, und war eine ihr gesetzte Nachfrist vor der Konkurseröffnung fruchtlos verstrichen, so haben die Parteien gemäß § 326 BGB. keine Erfüllungsansprüche mehr und § 17 KO. kann nicht zur Anwendung kommen [14]). Die nach der Konkurseröffnung noch laufende Nachfrist bindet den Konkursverwalter nicht. Der Konkursverwalter hat solange die Möglichkeit, seine Wahlentscheidung aus § 17 KO. auszuüben, als er nicht vom Gegner zur Erklärung aufgefordert wird (§ 17 Abs. 2 KO.) [15]).

a) Durch den Konkursfall werden nur Ansprüche, keine Gestaltungsrechte berührt [16]). Daher widersteht die Rücktrittsbefugnis des Vorbehaltsverkäufers dem Konkursbeschlag. War der Käufer mit der Zahlung im Verzuge, so steht gemäß § 455 BGB. dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht zu, und diesem gegenüber versagt das Wahlrecht des Konkursverwalters [17]). § 17 KO. gibt dem Konkursverwalter zwar die Möglichkeit, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zu wählen, aber damit wird das Recht des Kontrahenten, vom Vertrage zurückzutreten, wenn nur die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, nicht berührt. Ist der Rücktritt ausgesprochen, so sind damit die vertraglichen Erfüllungsansprüche beseitigt.

Staub-Koenige [18]) sind widerspruchsvoll. Es wird von ihnen einmal gesagt, daß der Verkäufer sein Rücktrittsrecht aus § 455 BGB. für den Fall des Zahlungsverzuges behalte, daß er aber andererseits dem Wahlrecht des Konkursverwalters unterworfen sei. Beide Möglichkeiten sind nicht miteinander vereinbar. Entweder dringt das Rücktrittsrecht des Verkäufers gegenüber dem Wahlrecht

[13]) Rühl S. 83.
[14]) Jaeger § 17 Anm. 35; Meyer-Bleyer § 17 Anm. 3, b; Mentzel § 17 Anm. 4 S. 116; RGZ. Bd. 86 S. 250/51.
[15]) Jaeger § 17 Anm. 19; Meyer-Bleyer § 17 Anm. 3, b; a. M. Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 79 a.
[16]) Jaeger, § 3 Anm. 8 a.
[17]) Jaeger, § 17 Anm. 35; JW. 1907 S. 315 Nr. 18; a. M. Powidzer, S. 42.
[18]) Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 90.

des Konkursverwalters des Käufers durch oder umgekehrt. Ebenso wie eine Anfechtung auch ausgesprochen werden kann, wenn der Anfechtungsgegner in Konkurs gefallen ist, kann der Verkäufer im Konkurs des Käufers seinen Rücktritt erklären. Erforderlich ist allein, daß die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts bereits vor der Konkurseröffnung gegeben waren. Das Rücktrittsrecht des Verkäufers wird als Gestaltungsrecht durch den Konkurs nicht berührt und erweist sich daher als stärker als das dem § 17 KO. entsprechende Wahlrecht des Konkursverwalters.

In dem Anspruch auf Herausgabe der Vorbehaltssache, den der Verkäufer nach der Konkurseröffnung geltend macht, liegt jedoch nicht notwendig eine Rücktrittserklärung [19]).

b) Tritt beim Abzahlungsgeschäft der Verkäufer vor der Wahl des Konkursverwalters vom Vertrage zurück, oder nimmt er die Vorbehaltsache wieder an sich, was nach § 5 Abz.Ges. als unwiderlegbare Fiktion des Rücktritts gilt, so ist für die Anwendung des § 17 KO. kein Raum. Durch den Rücktritt sind die Erfüllungsansprüche erloschen. Aber schon in der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches im Konkurse des Käufers liegt eine nicht rücknehmbare Rücktrittserklärung. Der Zweck des Abzahlungsgesetzes gebietet, daß über den Wortlaut des Gesetzes hinaus die gerichtliche oder sonstige Geltendmachung eines Vindikationsanspruches die Folgen des § 5 hat [20]).

Gilt aber diese Geltendmachung gemäß § 5 Abz.Ges. als Rücktritt, so ist damit gesagt, daß unabhängig von dem Wahlrecht des Konkursverwalters im Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes der Rücktritt des Verkäufers möglich ist. Ist jedoch der Verkäufer zurückgetreten, so hat § 17 KO. hinsichtlich der beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrage auszuscheiden. Die Ausübung des Wahlrechts nach § 17 KO. ist nicht mehr möglich, da § 17 K.O noch bestehende Erfüllungsansprüche voraussetzt.

---

[19]) Mentzel, § 26 Anm. 2 letzter Absatz.

[20]) Jaeger, § 26 Anm. 15; Mentzel § 26 Anm. 2 letzter Absatz; Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 74 und Anm. 93; Crisolli, § 5 Anm. 84; Sammter, S. 83 zu § 5 Anm. 3; Aubele, S. 80; Rühl, S. 262; Bendix in JW. 1930, S. 1362; Hörle in Gruch. Bd. 55 S. 193; Enneccerus-Lehmann, § 118, II, 1 b und Anm. 8; Kamm, S. 25; Weiße, S. 82; RGZ. Bd. 64 S. 387; Bd. 96 S. 297; OLG. Marienwerder in OLGE. Bd. 38 S. 123; Meisner, S. 57 und S. 68.

§ 5.

Die Anwendung des § 17 KO. bei durch Rücktritt (insbesondere im Geltungsbereich des Gesetzes, betreffend die Abzahlungsgeschäfte) ausgelösten gegenseitigen Rückgewährverbindlichkeiten.

Tritt beim einfachen Eigentumsvorbehalt vor der Wahl des Konkursverwalters der Verkäufer im Konkurse des Käufers infolge der vor Konkurseröffnung gegebenen Rücktrittsvoraussetzungen vom Vertrage zurück, so hat er die empfangenen Teilleistungen zurückzugewähren und erhält selbst die Vorbehaltssache zurück. Er erhält diese zurück, weil sie sein Eigentum ist und der Masse nach Fortfall des Eigentumsverschaffungsanspruch infolge des Rücktritts ein Recht zum Besitz nicht mehr zusteht [1]).

Die Folge des Rücktritts beim Abzahlungskauf ist, daß der Verkäufer neben der Rückgewähr der Vorbehaltssache Ersatz für seine mit Rücksicht auf den Vertrag gemachten Verwendungen sowie eine Vergütung für die Benutzung der Kaufsache unter Berücksichtigung der durch den Gebrauch herbeigeführten Wertminderung verlangen kann. Dem stehen die Ansprüche des Käufers auf Rückgewähr der bereits geleisteten Raten gegenüber. Diese gegenseitigen Ansprüche sind gemäß § 3 Abz.Ges. Zug um Zug zu befriedigen. Da aber der Käufer im Konkurse ist, fragt es sich, ob die Konkursmasse einen vom Gegner voll zu befriedigenden Anspruch auf die geleisteten Raten hat, während der Verkäufer lediglich auf eine Konkursforderung angewiesen ist.

Hat der Kontrahent des Gemeinschuldners eine wechselseitige Rückgewährungsverbindlichkeit vor oder nach der Konkurseröffnung ausgelöst, so muß in Ansehung der gegenseitigen Verpflichtungen § 17 KO. zur Aufwendung kommen. Zwar paßt der Wortlaut des § 17 auf diese Fälle nicht; denn die Konkursordnung setzt in ihrem § 17 das Bestehen eines Vertragsverhältnisses voraus, und das Schuldverhältnis ist hier durch den Rücktritt beseitigt worden. Aber der Sinn des § 17 KO. geht dahin, daß zwei miteinander im organischen Zusammenhang stehende Leistungsverpflichtungen des Gemeinschuldners und seines Vertragsgenossen auch hinsichtlich der konkursmäßigen Befriedigung des Vertragsgenossen als zusammengehörig angesehen werden müssen.

Der Vertragsgenosse, das ist hier der Abzahlungsverkäufer, darf nicht zur vollen Leistung verpflichtet sein, während er sich selbst mit einer quotenmäßigen Befriedigung abfinden muß. Dabei darf

---

[1]) Spiro, S. 321.

es keinen Unterschied machen, ob die beiderseitige Schuldner- und Gläubigereigenschaft durch einen gegenseitigen Vertrag oder, wie hier, durch Rücktritt ausgelöst ist. Für diese Auslegung spricht auch der Hinweis auf die §§ 320, 322 BGB. in § 348 BGB. und die noch weitergehende Bestimmung des § 3 Abz.Ges., wonach die gegenseitigen, aus dem Rücktritt resultierenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen, also noch enger als die gewöhnlichen Rücktrittsverpflichtungen miteinander verknüpft sind.

Der Hinweis auf die §§ 320, 322 BGB. in § 348 BGB. bedeutet, daß auf die aus dem Rücktritt fließenden Rückgewährverbindlichkeiten gewisse Vorschriften des Rechts der gegenseitigen Verträge Anwendung finden sollen. Man braucht, um die Anwendung des § 17 KO. für die Fälle beiderseitiger Rückgewährverbindlichkeiten nachzuweisen, nicht erst auf den § 3 Abz.Ges., der den besonders engen Zusammenhang der einander gegenüberstehenden Leistungen betont, zurückzugreifen. Schon aus dem § 348 BGB. erhellt, daß das Verhältnis der Rücktrittsparteien dem Verhältnis der Kontrahenten synallagmatischer Verträge stark angenähert ist. Daher muß § 17 KO., der in gewissem Sinne das Recht der gegenseitigen Verträge auf den Konkurs überträgt, um den nicht im Konkurs befindlichen Teil zu schützen, auch in den Fällen eingreifen, wo zwar kein gegenseitiger Vertrag vorliegt, aber für den Gegner des Kridars ein ebenso starkes Schutzbedürfnis vorliegt[2]).

Auch wenn der Rücktritt nach der Konkurseröffnung erklärt ist, kommt § 17 KO. zur Anwendung. Zwar setzt § 17 KO. die beiderseitige Nichterfüllung z. Zt. der Konkurseröffnung voraus, aber das den Rücktritt mit seinen Rückgewährfolgen auslösende Gestaltungsrecht hält dem Konkursbeschlag stand[3]). Wenn Jaeger an anderer Stelle sagt[4]), daß der Anspruch des Gegners aus dem Rücktritt als auf dem ursprünglichen Vertrag beruhend eine Konkursforderung bilde, während der zurücktretende Gegner die empfangenen Raten an die Masse zurückzugewähren habe, so ist dies ein Widerspruch gegenüber der von Jaeger in § 17 Anm. 19 vertretenen Ansicht. Es ist offensichtlich, daß es für den Kontrahenten des Kridars eine große Härte bedeuten würde, wenn er die empfangenen Lei-

---

[2]) Jaeger, § 17 Anm. 19; Mentzel, § 17 Anm. 1 S. 108; Sandrock, S. 89; Powidzer, S. 43; Kippenberg, S. 50; RG. in LZ. 1915 Sp. 217 Nr. 17; Meisner, S. 51.

[3]) Jaeger, § 17 Anm. 19; a. M. Mentzel, § 17 Anm. 1 S. 108.

[4]) Jaeger, § 17 Anm. 35.

stungen voll zurückzugeben hätte, während er hinsichtlich seiner Gegenforderung auf die Konkursquote angewiesen ist. Gleichgültig, ob es sich um ein Geschäft handelt, das dem Abzahlungsgesetz unterworfen ist, oder um ein Geschäft, auf das § 455 BGB. Anwendung findet, tritt in einem dieser Fälle der Verkäufer vom Vertrage zurück, so muß in Ansehung der durch seinen Rücktritt ausgelösten gegenseitigen Verbindlichkeiten § 17 KO. Anwendung finden.

---

§ 6.

Der Eigentumsvorenthalt.

I. Wenn der Vorbehaltskäufer als Händler die Ermächtigung zur Weiterveräußerung hat, dann ist ihm auch das Minus gestattet, nämlich, unter aufschiebender Bedingung, also unter Eigentumsvorbehalt, zu übereignen. Dieser zweite „Eigentumsvorbehalt" ist, streng genommen, kein Eigentumsvorbehalt im üblichen Sinne. Der Verkäufer ist nicht Eigentümer. Er kann sich daher das ihm nicht zustehende Eigentum nicht vorbehalten, sondern lediglich ein obligatorisches Rückforderungsrecht vereinbaren. Rühl hat für dieses Rechtsbild die Bezeichnung „Eigentumsvorenthalt" geprägt [1]). Dieses Wort kennzeichnet u. E. deutlich die besondere Rechtslage.

Durch die Weiterveräußerung unter Eigentumsvorenthalt bleiben zunächst die Eigentumsverhältnisse unberührt. Der Verkäufer ist Eigentümer unter der auflösenden Bedingung der Zahlung seines Abkäufers [2]). Nur ist zu beachten, daß der Vorenthaltskauf seinerseits wieder eine bedingte Uebereignung darstellt, zu der der Erstkäufer ebenso wie zu einer unbedingten ermächtigt ist. Die Bedingung, an die sich im Falle des Weiterverkaufs die Uebereignung knüpft, ist völlige Zahlung des Kaufpreises seitens des Zweitkäufers an den Erstkäufer. Tritt diese Bedingung ein, so wird der Zweitkäufer Eigentümer, auch wenn der Erstkäufer seine Kaufpreisschuld noch nicht bezahlt haben sollte [3]). Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers wird daher gegenstandslos. Dieses Ergebnis rührt daher, daß es dem Vorbehaltsverkäufer gleichgültig ist, auf welche Art und unter welchen Modifikationen die Vollendung der Uebereignung an den Zweitkäufer erfolgt. Ist die Ermächtigung zur Weiterveräußerung gegeben, so steht es im Belieben des Vorbehaltskäufers, die Uebereignung in der ihm geeignet erscheinenden Weise vorzunehmen. Hat mithin der Zweitkäufer den Kaufpreis voll entrichtet, so kann von ihm die Herausgabe nicht verlangt werden. Der Zweitkäufer ist vor völliger Zahlung seiner Schuld nicht Eigentümer. Aber auch vorher kann von ihm, solange er nicht in Verzug geraten ist, die Herausgabe nicht mit der Begründung verlangt

---

[1]) Rühl S. 71.

[2]) anders Stulz S. 32: Nach Stulz erlischt bei rechtmäßiger Weiterveräußerung des Erstkäufers unter Eigentumsvorbehalt das Eigentum des Lieferanten. Eine Begründung für diese Auffassung gibt Stulz nicht.

[3]) so Stulz, S. 33; vgl. auch Mentzel, S. 43, Anm. 2, S. 255 für den weitergegebenen Eigentumsvorbehalt.

werden, der Erstkäufer sei mit seinen Verpflichtungen in Verzug gekommen [4]).

Da in der Weiterveräußerungsbefugnis stets das Minus des Weiterverkaufs unter Eigentumsvorbehalt liegt, kann der Vorbehaltsverkäufer gegen den Zweitkäufer niemals unmittelbar vorgehen. Geht der Zweitkäufer in Konkurs oder kommt er in Verzug, so kann nur sein Verkäufer Rechte gegen ihn geltend machen. Aus der Tatsache der Weiterveräußerungsgestattung seitens des Eigentümers folgt, daß bei einem Eigentumsvorenthalt allein der Vorbehaltskäufer, obwohl er nicht Eigentümer ist, berechtigt sein soll, die Rechte des Eigentümers wahrzunehmen. Er hat daher auf Grund der Abrede mit seinem Abkäufer, daß er bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises Eigentümer bleibe, ein obligatorisches Rückforderungsrecht.

Geht der Vorbehaltskäufer in Konkurs, so ist dessen Konkursverwalter nicht gehindert, die Wahlentscheidung gegenüber dem Verkäufer und dem Abkäufer in verschiedener Weise auszuüben [5]).

II. Das OLG. Stuttgart [6]) hat einen Fall behandelt, bei dem ein Möbelfabrikant an einen Möbelhändler unter Eigentumsvorbehalt Möbel verkauft und letzterer vor völliger Abdeckung seiner Schuld diese unter „Eigentumsvorbehalt“ [7]) weiter veräußert hat. Es hat dabei entschieden, daß der Eigentumsvorbehalt des Fabrikanten nach dem Willen der Vertragsparteien nicht nur im Falle völliger Zahlung seitens des Händlers oder seines Abkäufers erlöschen solle. Vielmehr solle dieser durch jede im Rahmen des Gewerbebetriebes des Händlers erfolgende Veräußerung der Vorbehaltssachen untergehen, selbst wenn diese Veräußerung unter einem neuerlichen Eigentumsvorbehalt erfolgt ist.

Wenn nach Ansicht des OLG. Stuttgart der Eigentumsvorbehalt des Fabrikanten erlischt, muß ein anderer Eigentümer werden. In der Veröffentlichung des Urteils ist allerdings nicht ausgesprochen, daß der Händler durch die Weiterveräußerung unter Eigentumsvorbehalt Eigentümer der Kaufsache werden solle. Das ist jedoch die Grundlage für die Ansicht des OLG. Stuttgart.

---

[4]) Stulz, S. 33.

[5]) RGZ. Bd. 133 S. 43; Powidzer S. 76. Vgl. auch die bei Powidzer a. a. O. erläuterten Folgen der Ausübung des Wahlrechts in nicht übereinstimmender Weise.

[6]) Veröffentlicht in HRR. 1930 Nr. 1916; vgl. auch Stulz, S. 32, Anm. 78.

[7]) besser Eigentumsvorenthalt (s. oben S. 24).

Der Eigentumsvorbehalt des Fabrikanten kann nur dann hinfällig werden, wenn eine andere Person Eigentum erwirbt. Der Zweitkäufer wird durch die Weiterveräußerung nicht Eigentümer, da er ja unter Eigentumsvorbehalt erworben hat. Es muß mithin nach dem OLG. Stuttgart der Händler durch die Weiterveräußerung der Waren unter Eigentumsvorbehalt deren Eigentümer werden.

Der Fabrikant hat dem Händler unter der aufschiebenden Bedingung völliger Bezahlung übereignet. Nach dem erwähnten Urteil soll aber aus dem Umstand, daß der Fabrikant die Vorbehaltssachen einem Händler verkauft hat, folgen, daß das Eigentum auf den Händler auch unter der aufschiebenden Bedingung der Weiterveräußerung übergehen solle. Allein aus diesem Umstand ergibt sich nur, daß der Fabrikant dem Händler trotz des Vorbehalts die Ermächtigung gibt, die Waren im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes zu veräußern. Der Fabrikant sagt lediglich: Du Händler, der Du nicht Eigentümer bist, sollst von mir, dem Eigentümer, die Erlaubnis haben, die mir gehörigen Sachen zu veräußern. Wenn Du einem Dritten Eigentum übertragen willst, soll es mir recht sein. Aber erst dann wird mein Eigentumsvorbehalt gegenstandslos, wenn ein Dritter Eigentum erworben hat.

Das OLG. Stuttgart macht den Fehler, aus der bloßen Ermächtigung zur Weiterveräußerung ohne andere Grundlagen zu folgern, daß der Fabrikant dem Händler das Eigentum auch unter der aufschiebenden Bedingung der Weiterveräußerung unter Eigentumsvorbehalt überträgt. Der Wille des Fabrikanten geht jedoch dahin, sich eine möglichst lang währende Sicherheit zu verschaffen, sich also solange das Eigentum vorzubehalten, als nicht ein Dritter Eigentum erworben hat. Die Anschauung des OLG. Stuttgart hätte die Folge, daß § 17 KO. im Konkurse des Vorbehaltskäufers oder -Verkäufers nicht zur Anwendung käme. § 17 KO. findet jedoch Anwendung, da der Fabrikant solange nicht der Erst- oder Zweitkäufer bezahlt haben, Eigentümer bleibt, der Vertrag mithin beiderseits noch nicht völlig erfüllt ist [8]).

III. Vereinzelt findet sich in Kaufverträgen zwischen Fabrikanten und Händlern die Bestimmung, daß der Händler verpflichtet ist, den Eigentumsvorbehalt „weiterzugeben".

---

[8]) RGZ. Bd. 133, Seite 43.

In dinglicher Beziehung ist mit dieser Vertragsbestimmung nicht mehr gesagt, als sich auch ohne sie aus dem Sinn des Vertrages und dem Willen der Parteien ergeben würde [9]).

Auch hinsichtlich des „weitergegebenen Eigentumsvorbehalts“ ergibt sich dasselbe: Durch die Weiterveräußerung unter „Eigentumsvorbehalt“ erlischt nicht der erste Eigentumsvorbehalt. Der Vorbehaltskäufer, der sich selbst das Eigentum vorbehalten hat, kann gegen seinen Käufer nicht gemäß § 985 BGB. vorgehen. Ist aber der erste Eigentumsvorbehalt durch Zahlung des Zweitkäufers gegenstandslos geworden, so kann der erste Vorbehaltskäufer von seinem Lieferanten aus dem Kaufvertrage nichts mehr beanspruchen. Die Rechtslage ist keine andere, als wenn der Vorbehaltskäufer unbedingt übereignet hätte. § 17 KO. kommt mithin nicht zur Anwendung, wenn nach Zahlung des Zweitkäufers der Erstkäufer oder sein Lieferant in Konkurs gehen sollten. Wird aber der Konkurs eröffnet, bevor entweder der Erstkäufer an den Verkäufer oder der Zweitkäufer an seinen Verkäufer, den Erstkäufer, völlige Zahlung geleistet haben, so sind die Voraussetzungen des § 17 KO. gegeben. Denn weder ist der Erstkäufer Eigentümer, noch ist der Eigentumsvorbehalt durch Eigentumserwerb des Zweitkäufers gegenstandslos geworden.

Der „weitergegebene Eigentumsvorbehalt“ verpflichtet den Käufer zugunsten des Verkäufers. Der Käufer ist angehalten, im Falle des Weiterverkaufs der Vorbehaltssache auf Abzahlung den Eigentumsvorbehalt „weiterzugeben“. Unter dem weitergegebenen Eigentumsvorbehalt und dem Eigentumsvorenthalt ist also kein Unterschied in dinglicher Beziehung. Es ist daher nicht verständlich, wenn ein Unterschied grundsätzlicher Natur zwischen dem Eigentumsvorenthalt und dem weitergegebenen Eigentumsvorbehalt gemacht wird [10]).

---

9) Stulz (S. 32) will beim „weitergegebenen Eigentumsvorbehalt“ im Gegensatz zu der Veräußerung unter Eigentumsvorbehalt, wobei der erste Käufer nicht zur Vereinbarung eines weiteren „Eigentumsvorbehalts“ seinem Verkäufer gegenüber verpflichtet ist, das Eigentum des Lieferanten (Erstverkäufer) nicht erlöschen lassen. Wieso zwischen diesen beiden Fällen ein Unterschied in dinglicher Beziehung zu machen ist, ist jedoch bei Stulz nicht ersichtlich.

10) So Powidzer, S. 11; vgl. auch Rühl S. 72.

2. Kapitel:

Die Erfüllungswahl.

§ 7.

Die Folgen der Erfüllung im Konkurs des Käufers.

I. Ist der Vorbehaltskäufer vor völliger Zahlung in Konkurs gegangen, so kann nunmehr der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. seine Entscheidung treffen. Entscheidet er sich für die Erfüllung des Vertrages, so wird die gesamte noch ausstehende Schuld des Kridars nach § 59 Ziff. 2 KO. Masseschuld. Dabei ist nicht erforderlich, daß sich der Konkursverwalter bewußt ist, daß er sein Wahlrecht aus § 17 KO. ausübe. Jedes Verlangen des Konkursverwalters, dem Vertragsgenossen gegenüber, er solle die Leistung ganz oder zum Teil bewirken, ist als Wahl der Erfüllung im Sinne des § 17 KO. anzusprechen [1]). Veräußert daher der an sich infolge der Händlereigenschaft des Gemeinschuldners zur Weiterveräußerung ermächtigte Konkursverwalter die Vorbehaltssachen weiter, bevor er von seiner Wahlbefugnis Gebrauch gemacht hat, so ist darin das Verlangen der Erfüllung zu sehen. Eine Entscheidung des Konkursverwalters für Erfüllung kann auch darin gesehen werden, daß der Konkursverwalter die Herausgabe der Vorbehaltssachen verweigert [2]).

Aus § 59 Ziff. 2 KO. folgt die Verpflichtung des Konkursverwalters, allen Verbindlichkeiten des Kridars aus dem Vorbehaltskauf ohne Rücksicht auf den Konkurs nachzukommen, wenn er sich einmal für Erfüllung entschieden hat. Teilleistungen, die vor der Konkurseröffnung bewirkt worden sind, sind daher als Teil der Erfüllung in Anrechnung zu bringen. Eine Beschränkung des Erfüllungsverlangens auf einen Teil der Erfüllung ist ausgeschlossen [3]).

Diese Grundsätze treffen für alle Kaufverträge, mithin auch für alle Vorbehaltskäufe, ohne Rücksicht auf die Besonderheiten einzelner Vorbehaltsklauseln zu. In allen diesen Fällen kommt der Rechtssatz zur Anwendung, daß im Falle der Erfüllungswahl seitens des Konkursverwalters das Rechtsverhältnis so abzuwickeln ist, wie außerhalb des Konkurses.

---

[1]) Jaeger, § 17 Anm. 30 Seite 322.

[2]) Staub-Koenige, Anhang zu § 382 Anm. 90 a.

[3]) Jaeger, § 17 Anm. 18; Mentzel, § 17 Anm. 4 S. 113; Wolff, § 17, Anm. 11.

II. Der Konkursverwalter hat allen sich aus der Entscheidung für die Erfüllung des Vertrages ergebenden vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.

Im Falle der vertraglichen Verbindung des einfachen Eigentumsvorbehalts mit dem uneigentlichen Eigentumsvorbehalt darf daher der Konkursverwalter die Vorbehaltssachen nicht vor ihrer Bezahlung zur Aufnahme von Realkrediten verwenden oder im Ausverkauf veräußern. Handelt der Konkursverwalter diesen Verfügungsbeschränkungen zuwider, so macht er die Masse schadensersatzpflichtig, ebenso wie sich der Gemeinschuldner schadensersatzpflichtig machen würde. Die auf Grund solcher Zuwiderhandlungen gegen die Masse gegebenen Schadensersatzansprüche sind Masseansprüche gemäß § 59 Ziffer 2 KO.; denn diese Schadensersatzforderungen fließen aus dem Vertrage, sind mithin nach erfolgter Erfüllungswahl als Masseverbindlichkeiten zu regulieren. Gerade Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung sollen den Gegner für die positive Zuwiderhandlung gegen die Vertragsverpflichtungen entschädigen. Wären hier die Schadensersatzansprüche nun Konkursforderungen, während der Erfüllungsanspruch im übrigen unter § 59 Ziff. 2 KO. fällt, so würde dies eine Prämie für das vertragswidrige Verhalten des Konkursverwalters nach der Wahl der Erfüllung bedeuten. Die Schadensersatzansprüche wegen der Zuwiderhandlung des Konkursverwalters gegen den uneigentlichen Eigentumsvorbehalt nach der Erfüllungswahl lassen sich im übrigen auch auf § 59 Ziff. 1 KO. stützen.

III. Der Verkäufer hat das ihm nach § 455 BGB. zustehende Rücktrittsrecht gegenüber dem Konkursverwalter, wenn dieser seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

Aus § 17 KO. in Verbindung mit § 59 Ziff. 2 KO. ergibt sich, daß der Konkursverwalter im Falle des Rücktritts nach der Erfüllungswahl hinsichtlich der Rückgewährungsansprüche des Verkäufers diesen nicht auf die Konkursquote verweisen kann.

Der Verkäufer ist Eigentümer der Kaufsache. Er kann, nachdem er den Rücktritt erklärt hat oder nachdem dieser gemäß § 5 des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte als erklärt anzusehen ist, die Kaufsache auf Grund seines Eigentums vindizieren. Nach dem Rücktritt hat der Konkursverwalter ein Recht zum Besitz für die Konkursmasse nicht mehr.

Ferner besteht für beide Vertragsteile die obligatorische Rückgewährverpflichtung auf Grund des § 346 BGB. Da nach der Erfüllungswahl des Konkursverwalters das Verhältnis zwischen dem

Verkäufer und dem Konkursverwalter in Ansehung der Konkursmasse nicht anders ist als zwischen Käufer und Verkäufer ohne Eintritt des Konkursfalles, muß der Konkursverwalter des Käufers im Falle eines Rücktritts des Verkäufers auch seine aus dem Rücktritt fließenden Verbindlichkeiten voll, nicht bloß konkursmäßig erfüllen. Das hat besonders Bedeutung für die Geschäfte, die unter das Abzahlungsgesetz fallen.

Bei Abzahlungsgeschäften hat der Käufer gemäß § 3 des Abz. Ges. im Falle des Rücktritts dem Verkäufer gewisse Aufwendungen zu ersetzen, sowie für die Ueberlassung des Gebrauchs oder der Benutzung eine angemessene Vergütung unter Berücksichtigung der Wertminderung der Kaufsache zu entrichten.

Hat der Kridar das Vorbehaltsgut zum Zwecke des Weiterverkaufes angeschafft, und der Konkursverwalter, nachdem er sich für Erfüllung entschieden hat, einen Teil der Vorbehaltssachen veräußert, so ist der Verkäufer nicht gehindert, wegen eines etwaigen Verzuges der Gegenpartei gemäß § 455 BGB. vom Vertrage zurückzutreten. Der Konkursverwalter kann allerdings infolge der Weiterveräußerung dem Verkäufer nicht mehr sämtliche Vorbehaltssachen zurückgeben. Eine Ersatzaussonderung scheidet aus, weil der Konkursverwalter zur Veräußerung der Vorbehaltssachen nach Wahl der Erfüllung ermächtigt war.

Nach § 347 BGB. hat der Rücktrittsberechtigte wegen der Unmöglichkeit der Rückgewähr seitens des Gegners einen Schadensersatzanspruch. Dieser richtet sich nach den Vorschriften über den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer vom Augenblicke der Rechtshängigkeit an. Nach den §§ 347, 989 BGB. hat daher der Konkursverwalter aus der Masse für die weiterveräußerten Sachen Ersatz zu leisten, wenn er sie infolge der Weiterveräußerung nicht herausgeben kann. Die Rechtslage ist dieselbe, wenn die Herausgabe aus einem andern Grunde nicht mehr möglich ist. Zu beachten ist dabei, daß der Verkäufer die Rückgabe der Kaufsachen nicht so sehr als Eigentümer, sondern vielmehr weil er vom Vertrage zurückgetreten ist, verlangt. Er hat daher im Falle der Unmöglichkeit der Rückgabe der Vorbehaltssache seitens des Konkursverwalters die dem Rücktrittsberechtigten zustehenden Rechte.

Alle diese aus dem Rücktritt fließenden Ansprüche sind Massegläubigerrechte. Sie sind es deshalb, weil sie durch die Erfüllungswahl des Konkursverwalters begründet sind.

Hat der Konkursverwalter sich für die Erfüllung des Vertrages entschieden, so muß der Kontrahent so gestellt sein, als sei der Konkurs nicht eingetreten. Das bedeutet, daß alle Verbindlichkeiten,

und dazu gehören auch die infolge Verzuges des Konkursverwalters ausgelösten Rücktrittsverbindlichkeiten, da sie sich aus dem Vertragsverhältnis nach der Erfüllungswahl entwickelt haben, seitens des Konkursverwalters voll befriedigt werden müssen, also gemäß § 59 Ziffer 2 KO. Masseschulden sind [4]).

IV. Hat sich der Konkursverwalter des Käufers für die Erfüllung entschieden, bevor der Verkäufer seinen Rücktritt erklärt hat, so ist für diesen vorerst kein Platz mehr. Der Käufer braucht nach der Erfüllungswahl die Kaufsache nicht mehr herauszugeben; denn dem auf § 985 BGB. fußenden Herausgabeanspruch des Verkäufers steht das Recht des Käufers zum Besitz entgegen. Er hat die Einrede aus § 986, I S. 1 BGB., solange nicht infolge neuen Verzuges neue Rücktrittsvoraussetzungen entstanden sind [5]). Aus § 59 Ziffer 2 KO. ergibt sich, daß die Kaufpreisschuld Masseschuld geworden ist. Staub-Koenige [6]) haben also Unrecht, wenn sie sagen, beim gewöhnlichen Eigentumsvorbehalt wie beim Abzahlungsgeschäft könne der Verkäufer auf jeden Fall auch nach Wahl der Erfüllung die Kaufsache als sein Eigentum zurückfordern. Im Falle der Erfüllungswahl ist die Geltendmachung des Aussonderungsanspruchs, solange nicht neuer Verzug vorliegt, ausgeschlossen. Das trifft in gleicher Weise für den Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. wie für die unter das Abzahlungsgesetz fallenden Verträge zu.

Kommt der Konkursverwalter mit den infolge der Erfüllungswahl zu Masseverbindlichkeiten gewordenen Raten in Verzug, so hat nunmehr der Verkäufer zwei Möglichkeiten: entweder er klagt auf den Kaufpreis, oder er fordert die verkauften Sachen auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums zurück. Gemäß § 5 Abz.Ges. gilt aber bei Abzahlungsgeschäften die Rücknahme der verkauften Sachen seitens des Verkäufers bereits als Ausübung des Rücktrittsrechts. Der erste Fall, die Klage auf den Kaufpreis, bietet keine Besonderheiten. Schwierigkeiten können aber bei der Zurücknahme oder Zurückforderung der Kaufsache entstehen. Die Zurücknahme der Kaufsache gilt selbst dann unwiderlegbar als Ausübung des Rücktrittsrechts, wenn der Verkäufer sich durch die Wiederansichnahme nur eine erhöhte Sicherheit verschaffen wollte. Beim gewöhnlichen Eigentumsvorbehalt des § 455 BGB. kann der Verkäufer unbeschadet des Weiterwirkens des Kaufvertrages die Kaufsache als sein

4) Vgl. auch Jaeger, § 59 Anm. 6; Mentzel, § 59 Anm. 2.

5) Ebenso Crisolli, § 5 Anm. 75; Levy S. 153; Bendix in JW. 1930 S. 1361.

6) Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 93.

Eigentum zurücknehmen. Im Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes ist gemäß dessen § 5 eine derartige Möglichkeit nicht gegeben.

Macht der Verkäufer nach der Erfüllungswahl wegen des Verzuges des Konkursverwalters sein Eigentumsrecht geltend, so gilt dies als Rücktritt [7]). Der Konkursverwalter ist zur Rückgewähr verpflichtet, der Verkäufer muß nach Maßgabe der §§ 2, 3 des Abzahlungsgesetzes die erhaltenen Raten zur Konkursmasse zurückgeben. Auch ist ihm für die von ihm in Ansehung des Vertrages gemachten Ausgaben, sowie für eine etwaige Beschädigung der Sache Ersatz zu leisten. Ferner kann der Käufer für den Gebrauch der Kaufsache seitens des Käufers unter Berücksichtigung der Wertminderung der Vorbehaltssache ein Entgelt verlangen. (§ 2 Abz.Ges.) Die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Rücktritt sind Zug um Zug zu erfüllen. (§ 3 Abz.Ges.) Es stehen sich also nach dem durch Geltendmachung des Aussonderungsanspruches erfolgten Rücktritt des Verkäufers auf der einen Seite dessen Rückgewähranspruch und seine Ersatzansprüche, auf der anderen Seite der Anspruch des Kridars auf Rückgabe der schon geleisteten Raten gegenüber.

Soweit der im Konkurs befindliche Abzahlungskäufer gemäß § 2 Abz.Ges. nach dem Rücktritt des Verkäufers diesem Ersatz zu leisten hat, handelt es sich um ein Massegläubigerrecht. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, daß nach der Erfüllungswahl des Konkursverwalters die Parteien grundsätzlich so gestellt sind, als wäre der Konkurs nicht eröffnet worden. Hat also nach der Erfüllungswahl der Verkäufer zulässigerweise seinen Rücktritt erklärt, so ist die jetzige Geltendmachung der Ersatzansprüche aus § 2 Abz.Ges. seitens des Verkäufers eine Folge der vorhergegangenen Entscheidung für Erfüllung des Vertrages.

Da somit auf der einen Seite die Raten zurückgewährt werden müssen, auf der anderen Seite Ersatz für Aufwendung, Beschädigungen und Gebrauchsabnutzung zu leisten ist und beide Ansprüche in voller Höhe zu befriedigen sind, ist Aufrechnung möglich. Entweder übersteigt die Forderung des Verkäufers die Ansprüche des Käufers, dann hat der Verkäufer neben seinem Eigentumsanspruch noch einen vollzubefriedigenden Geldanspruch; oder ist es umgekehrt, dann hat der Verkäufer nur seinen Herausgabeanspruch und muß den seine Ersatzansprüche übersteigenden Teil der Raten zur Konkursmasse herausgeben.

---

[7]) Vgl. oben § 4 Anm. 19.

Der Unterschied zwischen den dem Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäft unterliegenden Verträgen und dem gewöhnlichen Vorbehaltskauf liegt also nach Wahl der Erfüllung darin, daß die Rückforderung der Vorbehaltssache seitens des Verkäufers im Bereiche des Abzahlungsgesetzes als Rücktritt gilt, und daß hier durch den Rücktritt besondere gegenseitige Verpflichtungen ausgelöst werden.

---

§ 8.

Der Konkursverwalter des Verkäufers wählt Erfüllung. Gewährleistungsansprüche und Erfüllungsbegehren.

Verlangt im Konkurs des Verkäufers der Konkursverwalter Erfüllung, so muß der Käufer Zahlung leisten. Im Falle des Verzuges kann der Konkursverwalter vom Vertrage zurücktreten. Das gilt sowohl für Verträge im Bereich des Abz.Ges. wie für solche, die ihre Regelung ausschließlich durch den § 455 BGB. erfahren.

Ist der Verkäufer in Konkurs gegangen und hat der Konkursverwalter Erfüllung gewählt, so haben beide Parteien ihre Vertragspflichten in der Weise zu erfüllen, wie sie außerhalb des Konkurses zu erfüllen gewesen wären[1]).

Es fragt sich aber, in welchem Verhältnis das Wahlrecht des Konkursverwalters gegenüber etwaigen Gewährleistungsansprüchen des Käufers steht. Als Gewährleistungsansprüche kommen in Betracht:

a) Wandlung,
b) Minderung,
c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
d) Lieferung einer mangelfreien Sache.

Im Gegensatz zum Rücktrittsrecht sind diese Gewährleistungsansprüche nicht als Gestaltungsrechte konstruiert. Hat jemand ein Rücktrittsrecht, so hat er damit die Rechtsmacht, subjektive Rechte anderer allein durch seine Erklärung zur Aufhebung zu bringen[2]). Die Wandlung ist dagegen kein Rücktritt, sondern Rückgängigmachung des Kaufs. Die einseitige Erklärung des Wandlungsberechtigten reicht nicht aus, um den Kauf rückwirkend aufzuheben. Vielmehr ist die Vollziehung der Wandlung erforderlich. Das gilt in gleicher Weise für die Herstellungstheorie wie für die Vertragstheorie. Alle Gewährleistungsrechte sind Ansprüche, die auch einredeweise geltend gemacht werden können.

Das Wahlrecht des Konkursverwalters ist ein Gestaltungsrecht[3]). Der Konkursverwalter hat die Rechtsmacht, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in der ihm geeignet scheinenden Weise zu gestalten. Gegenüber dem Gestaltungsrecht des Konkursverwalters

---

[1]) Staub, Anh. zu § 382 Anm. 92; Jaeger im K. u. T. 1927 S. 1.
[2]) Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 66, I, 3 S. 203, 204.
[3]) Jaeger, § 17 Anm. 30 am Anfang; von Tuhr, allgemeiner Teil des BGB. 1. Bd. 1910 S. 163 Note 17.

setzt sich ein etwaiges Rücktrittsrecht des Gegenkontrahenten als stärkeres Gestaltungsrecht durch. Anders verhält es sich aber mit den Gewährleistungsansprüchen. Hier hat der Berechtigte nur das Recht, eine Leistung zu fordern, also ein Recht, daß gegenüber dem Gestaltungsrecht des Konkursverwalters das schwächere ist [4]).

Befindet sich der Vorbehaltungsverkäufer im Konkurs und hat der Käufer irgend einen der Gewährleistungsansprüche — sei es einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch oder einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache oder einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung — und ist der Vertrag infolge des Eigentumsvorbehaltes und der noch nicht vollständigen Zahlung seitens des Käufers als noch nicht völlig erfüllt anzusehen, so dringt stets das Wahlrecht des Konkursverwalters durch. Wählt also der Konkursverwalter Erfüllung — und eine Wahl der Erfüllung ist schon darin zu sehen, daß er Zahlung in Kenntnis oder in Unkenntnis des vorhandenen Mangels verlangt — so sind nunmehr beide Teile zur vollen Erfüllung verpflichtet, und die Gewährleistungsansprüche bilden Massegläubigerrechte [5]).

Demgegenüber wird behauptet [6]), der Anspruch des Konkursverwalters des Verkäufers auf Leistung des Kaufpreises sei überhaupt nicht mit den vom Käufer geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen vereinbar; denn es könnte nur der Käufer oder Verkäuferanspruch begründet sein [7]). Der Konkursverwalter sei daher nicht imstande, gegen den Willen des Käufers Zahlung zu verlangen.

Die von Mansfeld vorgetragene Ansicht beruht offenbar darauf, daß im Falle einer im übrigen vollständigen Erfüllung seitens des Verkäufer allein die Tatsache des Vorhandenseins von Mängeln nicht ausreicht, um zu sagen, daß der Vertrag im Sinne des § 17 KO. vom Käufer noch nicht völlig erfüllt sei. Von dieser Voraussetzung ausgehend betont Mansfeld, daß der Konkursverwalter des Verkäufers nicht auf Erfüllung bestehen könne, daß also gegenüber den Gewährleistungsansprüchen des Käufers das Wahlrecht des Konkursverwalters versage.

Aber gerade gegenüber den Gewährleistungsansprüchen des Käufers dringt die Wahlbefugnis des Konkursverwalters, als stärkeres Recht, durch. Wählt allerdings der Konkursverwalter die Er-

---

4) Jaeger, § 17 Anm. 23 am Ende.
5) Jaeger, § 17 Anm. 23; Mentzel, § 59 Anm. 2; Levy, S. 151; Meisner, S. 55.
6) Mansfeld in LZ. 1927, Spalte 873 ff.
7) So Mansfeld, a. a. O. Spalte 875.

füllung des Vertrages, dann macht er damit alle aus dem Vertrage fließenden Ansprüche zu Massengläubigerrechten.

Fordert der Konkursverwalter eines wegen eines Mangels gewährpflichtigen Verkäufers einer Speciessache Erfüllung, dann bilden auch die Gewährleistungsansprüche auf Wandlung oder Minderung Masseansprüche gemäß § 59 Ziff. 2 KO. Daran wird nichts dadurch geändert, daß die Gewährleistungspflichtigen als gesetzliche Garantiepflichten aufzufassen sind [8]). Es handelt sich demnach bei ihnen um Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage, dessen Erfüllung zur Konkursmasse verlangt worden ist. Die Voraussetzung für die Anwendung des § 59 Ziffer 2 KO. ist gegeben.

Dasselbe Ergebnis erhalten wir auch beim Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus den §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. Es mag vielleicht merkwürdig erscheinen, daß im Falle der Erfüllungswahl der Verkäufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung als Massegläubigerrecht geltend machen kann. Dieses Ergebnis hat jedoch seine innere Berechtigung. Wenn auch der Käufer unter Ablehnung jeder anderen Leistung seitens des Verkäufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so rührt dieser Anspruch aus dem gegenseitigen Vertrage her, dessen Erfüllung zur Konkursmasse der Konkursverwalter verlangt hat. Er hat das Risiko des Erfüllenmüssens derartiger Ansprüche auf sich genommen, als er sich für die Vertragserfüllung entschieden hatte. Der Käufer ist mithin mit seiner Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung Massegläubiger. Mit Recht weist Jaeger darauf hin, daß dieses Ergebnis auch durchaus dem Grundgedanken des § 59 KO. entspricht.

[8]) RGR.Komm. § 495 Anm. 2.

3. Kapitel:

Die Wahl der Nichterfüllung im Konkurse des Käufers.

§ 9.

Grundsätzliches über die Folgen der Nichterfüllung.

I. Wählt der Konkursverwalter in Ansehung eines gegenseitigen Vertrages die Nichterfüllung, so ergibt sich folgendes:

1. Der Verkäufer als vertragstreuer Teil hat einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Der Anspruch kann gemäß § 26 S. 2 KO. nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

2. Durch die Ablehnung der Erfüllung erlöschen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche. Das Vertragsverhältnis bleibt bestehen. Der Vorbehaltsverkäufer kann daher die Vorbehaltssachen als sein Eigentum aussondern, da der Gemeinschuldner ein Recht zum Besitz nicht mehr hat.

3. Die Masse kann gegen den Verkäufer eine condictio haben.

II. a) Der Vorbehaltsverkäufer kann nach der Ablehnung des Verwalters Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er hat das Recht, unter Fortfall seiner Eigentumsverschaffnungspflicht die Differenz als Schadensersatz zu fordern, die sich aus dem Abzug des Wertes der geschuldeten Leistungen ergibt. Der Wert der Leistungen bestimmt sich dabei nach dem Wert, die sie für den Vorbehaltsverkäufer haben.

Daß der Kontrahent des Gemeinschuldners einen Schadensersatzanspruch hat, wird nicht bestritten. Streit herrscht allerdings darüber, wie dieser Anspruch rechtlich zu begründen ist. Man kann wohl heute die Ansicht Jaegers als herrschend bezeichnen, wonach der Schadensersatzanspruch ein durch das Konkursrecht gegebener Anspruch eigener Art ist.

Die Begründung des Schadensersatzanspruches ist nicht in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, sondern in denen der Konkursordnung zu suchen. Bei der Befugnis des Konkursverwalters, die Erfüllung gegenseitiger Erfüllung der Verträge abzulehnen, handelt es sich um eine Besonderheit des Konkursrechtes. Die Folgen dieser Ablehnung müssen sich daher auch aus dem Konkursrecht ergeben.

Einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung erwähnt die Konkursordnung in den §§ 18, 19, 22 als Folge der Erfüllungsablehnung, bezw. als Folgen der Aufhebung eines Vertrages durch

Kündigung. Es ist naheliegend zu sagen, daß gerade aus der Erwähnung des Schadensersatzanspruches in den §§ 19, 19, 22 KO. ein Umkehrschluß zu ziehen ist. Danach würde das Schweigen der Konkursordnung über den Schadensersatzanspruch im § 17 KO. bedeuten, daß § 17 KO. einen solchen Anspruch nicht gewähren wolle, wenn er nicht aus einem anderen Grunde gegeben sei.

Doch mit Recht weist Jaeger [1]) auf den Zusammenhang des § 17 mit den darauffolgenden Bestimmungen hin. § 17 KO. enthalte den allerdings nicht ausgesprochenen Grundsatz, daß der andere Teil bei Ablehnung des Konkursverwalters eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung geltend machen könne [2]). Der Schadensersatzanspruch im Falle der Ablehnung des Konkursverwalters sei im § 17 KO. als selbstverständlich im Gesetz nicht besonders erwähnt. Es bedürfe daher nicht einmal einer Analogie aus den §§ 18, 19, 22 KO., um zu der Gewährung des Schadensersatzanspruches zu kommen.

Ein weiteres wichtiges Argument für diese Anschauung ist der Hinweis auf die Vergleichsordnung [3]). Die Rechtsentwicklung der letzten Jahre hat hinsichtlich der Begründung des Schadensersatzanspruches die notwendige Klärung gebracht.

Die Vergleichsordnung hat den entsprechenden Vorgang in Ansehung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses geregelt. § 30 Satz 1 Vgl.O. sagt, daß im Falle der Ablehnung der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages der Vertragsgegner des Schuldners Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne. § 28 Vgl.O., der auf den § 30 Satz 1 Vgl.O. verweist, enthält eine dem § 17 KO. entsprechende Bestimmung. Danach ist der Schuldner befugt, mit gerichtlicher Ermächtigung die Erfüllung eines beiderseits noch nicht vollerfüllten Vertrages abzulehnen.

In Anbetracht der Aehnlichkeit des den beiden Gesetzen zugrundeliegenden Tatbestandes, in Anbetracht der inneren Zusammengehörigkeit der Bestimmungen über das Konkurs- und über das Vergleichsverfahren, muß § 30 Vgl.O., wie Jaeger am angegebenen Orte sagt, gleichsam als authentische Interpretation des § 17 KO. angesehen werden. Der Grund des Schadensersatzanspruches für den Kontrahenten des Kridars ergibt sich daher unmittelbar aus dem Konkursrecht. Der Umfang des Anspruchs bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

---

[1]) Jaeger, § 17 Anm. 43.
[2]) So auch Kirchberger in der ZHR. Bd. 68 S. 156.
[3]) So besonders Jaeger, § 17 Anm. 43.

Der Streit über die rechtliche Begründung des Schadensersatzanspruches hat praktisch nur geringe Bedeutung. Denn darüber, daß ein solcher Anspruch gegeben ist, herrscht kein Streit.

b) Im Folgenden soll eine kurze Uebersicht über die verschiedenen Theorien gegeben werden.

A) Die Theorien, die den Anspruch aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über nachträgliche Unmöglichkeit und Verzug herleiten.

1) Nach Petersen-Kleinfeller[4]) setzt die KO. in § 26 Satz 2 einen Schadensersatzanspruch voraus und sagt, daß der Kontrahent diesen nur als Konkursforderung geltend machen könne. Nach § 69 KO. würden alle Forderungen der Konkursgläubiger in Geldforderungen verwandelt. Der Kridar schulde mithin eine Gattungsschuld. Die Unmöglichkeit der Leistung einer Gattungsschuld sei aber von ihm nach den §§ 279, 275 Abs. 2, 280 BGB. zu vertreten.

2. Eine ähnliche Begründung geben Wilmowski-Kurlbaum[5]). Danach verursache der sich z. Zt. der Konkurseröffnung zeigende Geldmangel die Unmöglichkeit der Erfüllung. Aus § 279 BGB. folge, daß der Gemeinschuldner diesen Mangel zu vertreten habe. Es sei daher eine Ersatzforderung wegen Nichterfüllung begründet.

3. Gerland[6]) und Düringer-Hachenburg[7]) begründen den Schadensersatzanspruch aus den Verzugsvorschriften. Nach § 65 Abs. 1 KO. werde der Erfüllungsanspruch mit der Konkurseröffnung fällig.

Diese Begründungen führen bei konsequenter Weiterbildung dazu, jedem Konkursgläubiger einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, ein Ergebnis, das nicht zu halten ist. Was diese Theorien hinsichtlich der Gläubiger des § 17 KO. sagen, gilt in gleicher Weise für alle anderen Gläubiger; denn auch bei diesen wird die vom Schuldner zu fordernde Leistung in gleicher Weise unmöglich oder gerät infolge der mit Konkurseröffnung eintretenden Fälligkeit der Gemeinschuldner in Verzug. Die beiden Theorien über die Unmöglichkeit beruhen weiterhin auf der irrtümlichen Anschauung, daß die Konkurseröffnung notwendig die Unmöglichkeit der schuldnerischen

---

[4]) Petersen-Kleinfeller, Komm. zur KO. § 26 Anm. 6.
[5]) Wilmowski-Kurlbaum, Komm. zur KO. § 26, Anm. 9.
[6]) In der Krit. Viertelj.Schrift f. Gesetzgeb. u. Rechtsw. 1905 S. 48,
[7]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 48 Anm. 264.

Leistung bedinge. Hinsichtlich der Begründung des Schadensersatzanspruches mit den Verzugsvorschriften ist noch festzustellen, daß § 65 Abs. 1 KO. schwerlich an eine Fälligkeit im Sinne der Verzugsvorschriften des BGB. denkt. Hat der Konkursverwalter die Erfüllung gemäß § 17 KO. abgelehnt, so sind alle Erfüllungsansprüche erloschen; ein Verzug könnte aber nur da in Frage stehen, wo noch ein Anspruch auf Erfüllung besteht.

B) Die Theorien, die den Schadenersatzanspruch auf positive Vertragsverletzung und auf Haftung für rechtmäßiges Handeln stützen.

1. Nach Mentzel[8]) ist die die Erfüllung ablehnende Erklärung des Konkursverwalters eine positive Vertragsverletzung. Der Kridar müsse die vom Konkursverwalter im Interesse der Konkursgläubiger erklärte Ablehnung vertreten. Daran werde nichts dadurch geändert, daß der Konkursverwalter ein gesetzliches Recht zur Erfüllungsablehnung habe. Dieses Recht sei lediglich ein Ausfluß der zu Lasten des Kridars gehenden Konkurseröffnung[9]).
2. Nach Riezler[10]) handelt es sich bei der Erfüllungsablehnung um einen Eingriff in die Rechtssphäre des Vertragsgenossen. Dieser werde um der Masse willen getätigt. Es sei hier innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses durch rechtmäßiges Handeln ein Schaden entstanden. Diesen müsse billigerweise der Vertragsteil tragen, durch dessen Handlung der Schaden entstanden sei. Der Gegenseite, die eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Schadensursache nicht habe und nicht gehabt habe[11]), dürfe der Schaden nicht zur Last fallen.

Die Anwendung des Gedankens der positiven Vertragsverletzung scheitert daran, daß das Gesetz dem Konkursverwalter die Befugnis zur Nichterfüllung gewährt. Durch die Nichterfüllung ist aber der Schaden entstanden. Nur dann liegt eine positive Vertragsverletzung vor, wenn die Rechtsordnung die fragliche Handlung verbietet. Die Schadensersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen beruht auf pflichtwidriger Handlungsweise. Von einer solchen kann aber bei Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters keine Rede sein.

---

[8]) Mentzel, § 26 Anm. 3; so auch neuerdings das RG. in RGZ. Bd. 135. S. 170.

[9]) Vgl. auch Staub, Anh. zu 382 Anm. 83 c u. Sächs. Arch. f. Rechtspflege Bd. 2 S. 386.

[10]) Riezler, „Venire contra factum proprium" S. 174/75; LZ. 1910, Sp. 644.

[11]) Vgl. auch Merkel, „Kollision rechtmäßiger Interessen" S. 160 ff.

Riezler sieht richtig, daß die Handlung des Konkursverwalters rechtmäßig ist, also hier eine Haftung für rechtmäßiges Tun besteht.

Die Begründung Riezlers ist ihrer Natur nach subsidiär. Sie wird daher hinfällig, wenn die Begründung des Schadensersatzanspruches sich aus der KO. ergibt. Diese Begründung hat Jäger gegeben. Können wir den Schadensersatzanspruch aus der KO. ableiten, so brauchen wir uns nicht mit Riezler auf allgemeine Rechtserwägungen zu stützen.

C) Eine ältere vor Oetker[12]) begründete Ansicht will in § 26 Satz 2 KO. den Grund für die Gewährung des Schadensersatzanspruches sehen. Oetkers Argumentation ist so:

Indem die KO. sagt, daß der Gläubiger wegen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine Forderung nur als Konkursgläubiger geltend machen könne, gewährt sie ihm einen solchen Anspruch.

Gegen Oetker spricht zunächst der Wortlaut des § 26 Satz 2. Zum anderen würde, wenn Oetkers Ansicht richtig wäre, § 26 Satz 2 nicht nur für den Fall des § 17 KO., sondern auch für die Fälle der §§ 18, 19, 22 KO. einen Anspruch auf Ersatz des durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens gewähren. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum dann in den letzteren Fällen das Gesetz diesen Anspruch doppelt erwähnt. § 26 Satz 2 KO. kann nur im Zusammenhang mit den §§ 17 ff. verstanden werden. Diese Vorschrift besagt allein, daß die in den §§ 17 ff. ausgesprochen oder unausgesprochen gewährten Ansprüche lediglich als Konkursforderungen geltend gemacht werden können[13]).

D) Eine eigenartige Auffassung hinsichtlich der Natur der Schadensersatzforderung vertritt Max Grimm[14]). Seine Theorie geht dahin, daß bei einer Entscheidung des Konkursverwalters für Nichterfüllung der Gläubiger nicht Ersatz für einen von ihm erlittenen Schaden erhalte. Es würde vielmehr sein Anspruch bloß in einer dem Konkurszweck angepaßten Form erfüllt. Der Verwalter solle auf Grund des § 17 KO. lediglich zwischen zwei Erfüllungsarten wählen können.

Dieser Theorie steht der eindeutige Wortlaut unseres Gesetzes entgegen. Wenn das Gesetz in § 26 Satz 2 von einer Forderung wegen Nichterfüllung spricht, so meint es schwerlich damit eine besondere Erfüllungsart. Das Gesetz hat die Folgen des Erfüllungs-

---

[12]) Oetker, in ZZP. Bd. 14, S. 32, 49, 50.

[13]) Mentzel, § 26 Anm. 3 Abs. 1; RGZ. 63 Seite 73; Kirchberger in ZHK. 68, S. 155; vgl. auch Jaeger, § 26 Anm. 27.

[14]) Grimm, S. 77, 87.

begehrens in den §§ 17, 59 Ziffer 2 KO. erschöpfend geregelt. Warum sollte es sich dann aber bei der einseitigen Forderung des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Wahrheit um einen Anspruch auf konkursmäßige Erfüllung handeln? Darauf bleibt Grimm die Antwort schuldig.

III. Nach der Ablehnung der Erfüllung seitens des Verwalters kann kein Teil mehr Erfüllung verlangen. Auch außerhalb des Konkurses und nach dessen Beendigung ist eine Geltendmachung irgendwelcher Erfüllungsansprüche, gleich von welcher Partei, ausgeschlossen [15]). Der Konkursverwalter hat nur die Möglichkeit, die weitere Erfüllung zu verweigern. Er kann vom Vertragsverhältnis nicht abgehen. Das Vertragsverhältnis wird durch die Erfüllungsablehnung nicht beseitigt. Es tritt vielmehr an die Stelle der wechselseitigen Erfüllungsansprüche der einseitige Schadensersatzanspruch des Vertragsgenossen des Gemeinschuldners [16]). Das entspricht der Differenztheorie des bürgerlichen Rechts.

Es wird vereinzelt behauptet, daß sich die Ablehnung des Verwalters nur auf das Konkursverfahren beziehe, nicht aber das Verhältnis des anderen Teils zum Gemeinschuldner berühre. Dieser könne vielmehr zwischen einem Schadensersatzanspruch im Konkurse und seinem vertragsgemäßen Erfüllungsanspruch nach dem Konkursverfahren wählen. Im letzteren Falle sollen die beiderseitigen Erfüllungsverpflichtungen für die Zeit nach Beendigung des Konkursverfahrens weiter bestehen bleiben [17]).

Wäre diese Theorie richtig, so würde das Schuldverhältnis in zweierlei Gestalt bestehen. Der Verkäufer könnte daher beim Vorbehaltskauf im Konkurse des Käufers die Vorbehaltssache zur Sicherheit für die später geltend zu machende Kaufpreisforderung als sein Eigentum aussondern und nach Beendigung des Konkurses den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises zwingen.

---

[15]) Jaeger, § 17 Anm. 50; Mentzel, § 17 Anm. 5; Meyer-Bleyer, § 17 Anm. 1c und Anm. 8; Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 87; Dathe, S. 30; Bendix in JW. 1930, S. 1361.

[16]) RGZ. Bd. 56, S. 239; Bd. 58, S. 11; Bd. 64 S. 207; RG, in LZ. 1908 Sp. 385 Nr. 4; RG. in LZ. 1915, Sp. 218 Nr. 17; RG, in LZ, 1920, Sp. 50, Nr. 19; RGZ. Bd. 79 S. 209; OLG. Dresden in Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Bd. II S. 385; Jaeger § 17 Anm. 43 und 44; Mentzel, § 17 Anm. 5 Abs. I; Düringer-Hachenburg, Bd. III S. 218 Anm. 264; Staub-Koenige a. a. O. Anm. 83a; Fitting, S. 52; Sandrock, S. 113; Maas, S. 14 ff.; Meisner, S. 55, 56.

[17]) Oetker, in ZZP. Bd. 14 S. 35; Seuffert, S. 190; Hellmann S. 267/68.

Ein Schuldverhältnis kann jedoch nicht in doppelter Gestalt bestehen. Der Gemeinschuldner ist auch nach Beendigung des Konkursverfahrens an die Umwandlung des Schuldverhältnisses gebunden[18]).

Im Gesetz sind keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung der Konkursschadensersatzforderung und seines Erfüllungsanspruches nach Beendigung des Konkurses habe. Die Schadensersatzforderung des Vertragsgenossen entsteht nicht erst durch die Geltendmachung im Konkurse, sondern ipso iure mit der Erfüllungsablehnung des Verwalters. Das Gesetz will durch diese einen endgültigen Zustand schaffen. Jeder Erfüllungsanspruch ist nunmehr ausgeschlossen.

Das Schuldverhältnis mit den beiderseitigen Erfüllungsansprüchen hat sich durch die Ablehnung des Verwalters in eine einseitige Konkursschadensersatzforderung des Kontrahenten des Gemeinschuldners verwandelt.

Ist aber jeder Erfüllungsanspruch ausgeschlossen, so kann der Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des Käufers die Vorbehaltssache aussondern; denn der Käufer oder sein Konkursverwalter haben nach der Erfüllungsablehnung ein Recht zum Besitz nicht mehr. Durch die Erfüllungsablehnung ist die Bedingung für den Eigentumserwerb endgültig ausgefallen; jedenfalls hat aber der Konkursverwalter durch die Erfüllungsablehnung auf den Eigentumserwerb verzichtet[19]). Der Verkäufer braucht sein Aussonderungsrecht nicht nur auf sein Eigentum zu stützen, er kann die Aussonderung auch auf Grund des Vertrages verlangen. Denn die Aussonderung braucht nicht allein auf ein dingliches Recht gestützt zu werden; sie kann sich auch aus einem persönlichen Herausgabeanspruch ergeben. Mit dem persönlichen Herausgabeanspruch wird geltend gemacht, daß die Sache nicht zur Konkursmasse gehört, und daß der Aussonderungsberechtigte mehr als einen sich bloß in eine Geldforderung verwandelnden Eigentumsverschaffungsanspruch hat[20]).

IV. Durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters wird das Vertragsverhältnis nicht beseitigt[16]). Die Parteien können daher die Rückgabe der vor Konkurseröffnung zum Zwecke der Vertrags-

---

18) Jaeger, § 17 Anm. 50; Staub-Koenige a. a. O. Anm. 87; RGZ. Bd. 41 S. 33; Bd. 79 S. 211; RG. in LZ. 1912, Sp. 399 Nr, 4; Meisner S. 58.

19) Jaeger, § 17 Anm. 44 am Anfang; Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 83 a; Sandrock. S. 73; Jaffé, S. 91 ff.; Powidzer, S. 50; Meisner S. 56; Stulz, S. 70.

20) Jaeger, § 43 Anm. 29; Powidzer, S. 55; Fitting, S. 260/61.

erfüllung bewirkten und in das Eigentum des Vertragspartners übergegangenen Leistungen nicht fordern. § 26 Satz 1 KO. stellt dies bezüglich des Kontrahenten des Gemeinschuldners fest.

Ist beim Vorbehaltskauf der Konkurs über das Vermögen des Käufers vor der völligen Abdeckung der Kaufschuld eröffnet worden, so ist die Leistung des Verkäufers in das Eigentum des Gemeinschuldners nicht übergegangen. Auf der anderen Seite hat jedoch in den Regelfällen der Käufer vor der Konkurseröffnung einen Teil der Kaufschuld entrichtet. Es fragt sich, ob der Verkäufer die vor Konkurseröffnung geleisteten Raten behalten, die Kaufsache als sein Eigentum aussondern und möglicherweise noch einen Schadensersatzanspruch als Konkursforderung geltend machen kann.

Die Konkursordnung, die in ihrem § 26 Satz 1 feststellt, daß eine Rückgabe der in das Eigentum des Kridars übergegangenen Leistungen ausgeschlossen ist, schweigt für den Fall, daß Leistungen an den Vertragsgenossen bewirkt worden sind. Daraus kann jedoch nicht argumento e contrario gefolgert werden, daß ganz allgemein der Konkursverwalter des Käufers von dem Vertragsgenossen, die durch den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung gezahlten Raten zurückfordern kann. Vielmehr darf bei einem beiderseits noch nicht völlig erfüllten Vertrage, der infolge des Konkursfalls nicht weiter zu erfüllen ist, jeder Teil die von seinem Vertragspartner empfangenen Leistungen behalten, wenn sie nur in sein Eigentum übergegangen sind[21]).

Der Konkursverwalter hat mithin nicht das Recht, die vom nachmaligen Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung bewirkten Leistungen nach Wahl der Nichterfüllung vom Verkäufer zurückzuverlangen.

Zu einem andern Ergebnis könnte man nur dann kommen, wenn die ablehnende Erklärung des Verwalters Rücktrittswirkung hätte. Dann müßten die Parteien den Zustand herstellen, der bestand, als der Vertrag noch nicht geschlossen war.

Es hat den Anschein, als ob dieses Ergebnis gerade bei Vorbehaltskäufen, wo der Verkäufer die Vorbehaltssache zurückerhält, für die Masse unerfreulich ist; nämlich, wenn der Vorbehaltskäufer bereits vor der Konkurseröffnung Zahlungen geleistet hatte und sein Verwalter sich später für die Nichterfüllung entscheidet.

---

[21]) Jaeger, § 17 Anm. 46 und § 26, Anm. 2; Wolff, § 17 Anm. 12 S. 122; Petersen-Kleinfeller, § 17 Anm. 11 am Ende; RGZ. Bd. 56, S. 241; a. M. Sachs, S. 41.

Einige ältere Entscheidungen[22]) meinten zu diesem Problem, der Konkursverwalter habe die Befugnis zu wählen, ob er Erfüllung wolle oder nicht. Würde die Nichterfüllung der Masse zu große Nachteile bringen, so sei es ihm unbenommen, sich für die Erfüllung zu entscheiden.

Für unsern Fall des Vorbehaltskaufes würde das bedeuten, daß in der Mehrzahl der Fälle die Masse bei Wahl der Nichterfüllung schwerer Schaden treffen würde. Der Konkursverwalter muß sich aber stets für Nichterfüllung entscheiden, wenn in der Masse keine ausreichenden Mittel zur Erfüllung vorhanden sind.

In einer späteren Entscheidung[23]) hat sich das RG. davon überzeugt, daß der Lösungsversuch der früheren Entscheidungen unbefriedigend ist. Daher führt das Reichsgericht a. a. O. aus, daß durch die Ablehnung des Konkursverwalters der Vertrag nicht aufgehoben werde. Die Vorschriften des Rücktrittsrechts seien nicht anwendbar. Es sei mithin auch die analoge Anwendung des § 325 BGB. insoweit ausgeschlossen, als dieser dem vertragstreuen Teil ein Rücktrittsrecht zuspreche. § 325 BGB. enthalte aber einen allgemeinen Rechtssatz aus dem Recht der gegenseitigen Verträge, der auch für die Folgen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters maßgebend sei. Danach könne die Vertragspartei eine Teilleistung, die sie auf Grund eines gegenseitigen Vertrages empfangen habe, nur dann endgültig behalten, wenn auch die betreffende Gegenleistung bewirkt sei oder bewirkt werde. Es sei zwar ausgeschlossen, daß der Konkursverwalter nur Erfüllung eines Teiles des Vertrages wähle. Doch daraus ergebe sich noch nicht, daß der Masse für die vor Konkurseröffnung geleisteten Teilleistungen des nachmaligen Gemeinschuldners ein Anspruch auf eine entsprechende Gegenleistung nicht zustehe.

Hatte der Kridar eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann er nach Ansicht des Reichsgerichts nunmehr einen seinen geleisteten Zahlungen entsprechenden Teil der unteilbaren Leistung fordern. Die wäre aber ein praktisch nicht zu verwirklichendes Ergebnis.

Aber auch rechtlich ist die vom RG. vertretene Anschauung nicht haltbar. Wird der Konkursmasse ein Anspruch auf einen entsprechenden Teil der Gegenleistung zugesprochen, so würde die Konkursmasse trotz der Erfüllungsablehnung des Verwalters noch einen Erfüllungsanspruch erhalten. Durch die Erfüllungsablehnung er-

[22]) RGZ. Bd. 56 S. 241 und OLG. Braunschweig in OLGE. Bd. 10, S. 194; OLG. Dresden in OLGE. Bd. 4 S. 170.
[23]) RGZ. Band 73 S. 58 ff.

löschen aber sämtliche Erfüllungsansprüche. Es ist daher auch kein Platz mehr für einen Anspruch der Konkursmasse auf eine entsprechende Gegenleistung für die vor der Konkurseröffnung bewirkten Teilleistungen [24]).

Eine Lösung aus diesen Schwierigkeiten ergibt sich, wenn man mit Jaeger der Masse einen Bereicherungsanspruch gewährt. Der Vertragsgegner des Kridars muß, soweit er durch die Raten des nachmaligen Gemeinschuldners bereichert ist, die Bereicherung herausgeben. Wenn auch durch die Konkurseröffnung und die Nichterfüllung seitens des Konkursverwalters die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erloschen sind, und die in das Eigentum der Parteien übergegangenen Teilleistungen beiderseits behalten werden können, so muß doch ein Ausgleich nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung stattfinden.

Von den heute vereinzelten Gegnern [25]) wird erklärt, die causa, auf Grund deren Teilleistung bewirkt wurde, sei der Vertrag. Da der Vertrag auch nach der Erfüllungsablehnung weiter bestehe und nur die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erloschen seien, bestehe die causa für die bewirkten Leistungen fort. Die Parteien hatten jedoch zum Zwecke der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit ihre Leistungen bewirkt. Der Verkäufer hatte deshalb dem Vorbehaltskäufer den Besitz an der Kaufsache verschafft und ihm zugleich suspensiv bedingtes Eigentum übertragen. Der Vorbehaltskäufer hatte aus diesem Grunde Zahlung zwecks Tilgung des Kaufpreises geleistet. Da sich aber der Kaufvertrag in einen einseitigen Schadensersatzanspruch des Verkäufers verwandelt hat, verliert die Teilleistung des nachmaligen Kridars ihren Rechtsgrund. Rechtsgrund der Leistung war nicht das Vertragsverhältnis als solches, sondern die eigene Verpflichtung zur Leistung.

Durch die Erfüllungsablehnung seitens des Konkursverwalters ist das Vertragsverhältnis bestehen geblieben, das Schuldverhältnis als Organismus lebt zwar fort, jedoch der besondere Inhalt des Vertrages ist beseitigt; daher ist jetzt der Rechtsgrund für die Raten des nachmaligen Gemeinschuldners fortgefallen [26]).

---

[24]) Jaeger, § 17 Anm. 46 S. 340.

[25]) Brachmann, S. 40; Sperling, S. 53 ff.; OLG. Dresden und RG. in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 246 ff.; OLG. Dresden in Seuff. Arch. Bd, 64 S. 342 ff. und in OLGE. Bd. 4 S. 170; OLG. Braunschweig in OLGE. Bd. 10 S. 194; OLG. Marienwerder in OLGE. Bd. 23 S. 299; Bolze Bd. 8, Nr. 1040.

[26]) Pakuscher in JW. 1913 S. 724; Jaeger, § 17 Anm. 46; RG.Komm. § 812 Anm. 8 c, d; RGZ. Bd. 135, S. 172.

Es ist daher dem Konkursverwalter eine condictio ob causam finitam zu geben. Staub-Koenige[27]) sagen, der Kridar habe geleistet, um die Gegenleistung zu erhalten. Der beabsichtigte Rechtserfolg sei mithin nicht eingetreten. Soweit der beabsichtigte Rechtserfolg nicht eingetreten sei, habe der Verkäufer Zahlung ohne rechtlichen Grund erlangt.

Diese Begründung beruht auf der irrigen Anschauung, daß der Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage allein deshalb leiste, um die Gegenleistung zu erhalten. Das mag zwar der wirtschaftliche Beweggrund sein, der ihn zum Vertragsschluß veranlaßt hat, ist jedoch nicht der Rechtsgrund für seine Leistungen. Die Parteien leisten vielmehr, um die eigene Verpflichtung zum Erlöschen zu bringen. Daß die Ansicht Staubs nicht richtig ist, zeigt das Ergebnis, das wir bei folgerichtiger Weiterführung dieser Ansicht erhalten würden. Es könnte danach letzten Endes jeder Vertragsteil bei einem gegenseitigen Vertrage seine schon bewirkte Leistung kondizieren, wenn die Leistung des anderen Teils ausbleibt. In Wahrheit hat aber der Vertragsteil, der bereits geleistet hat, gegen seinen Kontrahenten einen Erfüllungs-, keinen Bereicherungsanspruch.

V. Es stehen sich also die Schadensersatzforderung des Verkäufers und die condictio der Masse gegenüber. Handelt es sich dabei um zwei selbständige, von einander unabhängige Ansprüche? Dann wäre zu untersuchen, inwieweit aufgerechnet werden kann. Oder sind diese beiden Ansprüche in ihrem Inhalt und Umfang als von einander abhängig miteinander verknüpft? Dann müßten sie miteinander verrechnet werden.

Bejaht man, daß der Konkursverwalter die Raten in natura auf jeden Fall zurückfordern könne, so ist eine Anrechnung ausgeschlossen. Dann könnte der Vertragsgegner seinen Schadensersatzanspruch vorbringen, ohne bei der Berechnung seines Schadens die Teilleistungen des Kridars berücksichtigen zu müssen; denn er kann sie ja doch nicht behalten.

Durch die ablehnende Erklärung des Konkursverwalters bleibt das Schuldverhältnis an sich unberührt, so daß grundsätzlich eine Rückgewähr der zum Zwecke der Erfüllung bewirkten Leistungen ausgeschlossen ist. Für einen selbständigen, in jedem Fall gegebenen Bereicherungsanspruch, der von der Schadensersatzforderung des Vertragspartners unabhängig ist, fehlt jeder Grund. In diesem Sinne wird eine derartige Behauptung lediglich von Sachs in seiner Dissertation ausgesprochen.

[27]) Staub-Koenige, Anh. zu § 382, Anm. 85 a; wie Staub-Kiesow, § 28, Anm. 35.

Die beiden fraglichen Ansprüche sind miteinander verknüpft und in Inhalt und Umfang voneinander abhängig. Macht der Verkäufer seine Schadensersatzforderung als Konkursforderung geltend, so hat er dabei zu berücksichtigen, daß er bereits durch die Teilleistung des Vorbehaltskäufers etwas erhalten hat, was er in seinem Vermögen behalten darf. Die Ablehnung des Konkursverwalters hat somit dem Vorbehaltsverkäufer nicht nur Schaden verursacht, sondern ihm auch genützt. Wir haben es hier also mit einem Fall zu tun, bei dem der Grundsatz der compensatio lucri cum damno zur Auswirkung kommt.

Die Masse hat nur dann einen Bereicherungsanspruch, wenn der Wert der Vorleistung das Erfüllungsinteresse des Verkäufers übersteigt. Es kann nur der Vermögenswert gemäß § 818 Abs. 3 BGB. kondiziert werden, um den der andere Teil wirklich bereichert ist.

So ist der Bereicherungsanspruch der Masse in seiner Existenz von dem Schaden, den der andere Teil durch Ablehnung der Erfüllung erlitten hat, abhängig.

Es ist daher als Ergebnis festzuhalten, daß sich die beiden fraglichen Ansprüche nicht selbständig, sondern sich wechselseitig bedingend gegenüberstehen. Die beiden Ansprüche müssen miteinander verrechnet werden, und der Teil, für den sich ein Ueberschuß ergibt, hat einen Zahlungsanspruch [28]). Dabei wird hinsichtlich des Umfanges des Schadensersatzanspruches des Verkäufers in der Regel der Gewinnentgang und die Wertminderung der unter Eigentumsvorbehalt gekauften und nun zurückerhaltenen Ware zu berücksichtigen sein.

---

[28]) Jaeger, § 17 Anm. 17 u. Anm. 46; Mentzel, § 26 Anm. 4; Staub-Koenige, Anhang zu § 382. Anm. 83 a; Wolff, § 17 Anm. 12; Kiesow, § 28 Anm. 34 u. 35; Maeder, S. 45, 46; Maas, S. 33, 34; Meisner, S. 56.
Das RG. nimmt in RGZ. Bd. 135 S. 173 nicht eindeutig dazu Stellung ob Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch miteinander zu verrechnen sind oder sich als selbständige, aufrechenbare Ansprüche gegenüberstehen.

§ 10.

Wahl der Nichterfüllung im Konkurs des Abzahlungskäufers.

Wählt der Konkursverwalter im Konkurs des Abzahlungskäufers die Nichterfüllung, bevor der Verkäufer seinen Aussonderungsanspruch geltend gemacht hat, so kann der Verkäufer nunmehr die Kaufsache aussondern. Dies gilt aber nach § 5 Abz.Ges. als Rücktritt. Die Besonderheit dieses Ergebnisses liegt darin, daß durch die besondere Norm des Abzahlungsgesetzes in der Regel die Folge der Nichterfüllung nicht bloß der Wegfall der wechselseitigen Erfüllungsansprüche, sondern der Wegfall des ganzen Vertrages ist [1]). Tatsächlich ist also im Bereiche des Abzahlungsgesetzes das Wahlrecht des Konkursverwalters darauf beschränkt, zu erklären, er wähle Erfüllung. Denn wählt er Nichterfüllung, so löst dies gerade im Gegensatz zu den anderen unter § 17 KO. fallenden Verträgen Rücktrittswirkung aus. Es tritt also eine Rechtsfolge ein, die der § 17 KO. gerade vermeiden wollte.

Der § 17 KO. läßt das alte Schuldverhältnis auch nach der Wahl der Nichterfüllung weiter bestehen. Sondert aber der Abzahlungsverkäufer die Kaufsache aus, was er wohl stets im Falle der Nichterfüllung tun wird, so gilt dies auch im Konkurse gemäß § 5 Abz.Ges. als Rücktritt [2]). Das alte Vertragsverhältnis ist also zwar nicht als Folge der Nichterfüllung, aber als Folge der mit ihr verbundenen Aussonderung aufgelöst.

Im Bereich des Abzahlungsgesetzes lautet also die Alternative nicht Erfüllung oder Nichterfüllung, sondern Erfüllung oder Rücktritt. Im übrigen ist das Wahlrecht des Konkursverwalters noch dadurch eingeschränkt, daß er dann nicht mehr sein Wahlrecht ausüben kann, wenn vor der Ausübung des Wahlrechts der Verkäufer in zulässiger Weise seinen Aussonderungsanspruch geltend gemacht hat oder in sonstiger Weise seinen Rücktritt erklärt hat.

Sehr häufig werden allerdings diese Fragen kaum Bedeutung erlangen, da es bei den Abzahlungskäufern als Nichtkaufleuten erfahrungsgemäß nur selten zur Konkurseröffnung kommt.

---

1) Weiße, S. 82, 83.

2) Vgl. oben § 4 Anm. 19.

§ 11.

Konkurs des Käufers: Fälle der Ersatzaussonderung.

I. Soweit die Vorbehaltssachen zur Zeit der Konkurseröffnung noch vorhanden sind, kann der Verkäufer sie aussondern.

Ein Ersatzaussonderungsrecht steht dem Verkäufer zu, wenn die Vorbehaltssachen unbefugt vor der Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner oder danach durch den Verwalter veräußert werden und der Erlös noch aussteht. Der Verkäufer kann dann die Abtretung der Ansprüche auf den Erlös verlangen. Soweit der Erlös nach der Eröffnung des Verfahrens eingezogen und noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist, kann der Verkäufer diesen auf Grund seines Ersatzaussonderungsrechts für sich in Anspruch nehmen. Der Ersatzaussonderungsanspruch wird nur dann ausgelöst, wenn die Veräußerung rechtswidrig erfolgt war[1]). Diese zuerst von Jaeger aufgestellte Lehre ist heute allgemein anerkannt; denn § 46 KO. will einen Ersatzaussonderungsanspruch nicht neu schaffen, sondern lediglich einem bereits bestehenden Aussonderungsanspruch durch rechtliche Verstärkung zur Durchsetzung verhelfen.

War der Käufer Kaufmann, der bekanntermaßen mit den Vorbehaltssachen Handel treiben wollte, so war ihm die Weiterveräußerung gestattet. Mit der erlaubten Weiterveräußerung erlosch das Eigentum des Vorbehaltskäufers ohne irgendeinen Ersatz. Der Eintritt dieses Ereignisses war von den Parteien auch vorgesehen. Hat der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltssachen an einen Händler verkauft, so hat dieser die Ermächtigung erhalten, die Waren im ordentlichen Geschäftsverkehr weiter zu veräußern. Der Verkäufer hat sich insoweit seines Aussonderungsrechtes begeben und hat daher auch kein Ersatzaussonderungsrecht.

II. Hat der Kridar die Waren vor der Konkurseröffnung, ohne dazu ermächtigt zu sein, veräußert, so kann der Verkäufer gemäß § 46 KO. die Abtretung der noch ausstehenden Kaufpreisforderung sowie Herausgabe der Gegenleistung, soweit diese nach der Konkurseröffnung zur Masse gezogen ist, verlangen. Die Ersatzaussonderung geht jedoch nur auf die noch unterscheidbar in der Masse vorhandenen Sachen. Ist nach der Konkurseröffnung als Erlös aus der Weiterveräußerung Geld zur Masse gezogen, so ist in der Regel dieses mit dem der Masse gehörendem Geld vermischt. In einem

---

[1]) Jaeger, § 46 Anm. 3; Mentzel, § 46 Anm. 3 b; RGZ. 115 S. 264; OLG. Kiel in Seufferts Archiv Bd. 68, S. 297 ff.; OLG. Celle in JW. 1926 S. 2102; a. A.: Meyer-Bleyer, § 46 Anm. 2 b; OLG. Stettin in Seuff. Arch. Bd. 68, S. 296.

solchen Falle versagt die Ersatzaussonderung; denn diese kann sich ebenso wie die Aussonderung nur auf bestimmte Sachen beziehen. Der Verkäufer ist jedoch Massegläubiger, da die Masse in Höhe des der Ersatzaussonderung unterliegenden Geldbetrages ungerechtfertigt bereichert ist [2]). Daneben kann der Anspruch gegen die Masse in der Regel auch auf § 59 Ziffer 1 gestützt werden [3]). Hat der Konkursverwalter nach Wahl der Nichterfüllung die Vorbehaltssachen einem Dritten verkauft und übereignet, so greift § 46 KO. ein, da der Konkursverwalter unbefugt nach der Konkurseröffnung massefremde Gegenstände veräußert hat.

Durch die Veräußerung der Vorbehaltssachen nach der Erfüllungsablehnung verstößt der Konkursverwalter aber auch gegen das Eigentum des Verkäufers. Mußte dem Konkursverwalter bekannt sein, daß die von ihm veräußerten Kaufsachen wegen des Eigentumsvorbehalts der Aussonderung unterliegen, so kann dadurch die Masse über den Erlös aus der Weiterveräußerung hinaus mit einer weitergehenden Masseschuld nach § 59 Ziffer 1 KO. verhaftet sein [4]). Doch ist dabei zu beachten, daß sich derartige Ersatzansprüche nicht nach § 823 BGB, sondern nach der Spezialvorschrift des § 989 richten [5]).

Darüber hinaus kann eine persönliche Haftung des Konkursverwalters nach § 82 KO. in Frage stehen.

Mit Recht weist Mentzel [6]) darauf hin, daß im Falle eines bewußten Verstoßes des Konkursverwalters gegen das Eigentum des Verkäufers die Masse über die Gegenleistung hinaus nicht hafte, weil dieser außerhalb seiner amtlichen Machtbefugnisse gehandelt habe. Die KO. sagt in § 59 Ziffer 1, daß aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters die Masse mit einer Masseschuld verhaftet sei. Das bedeutet, daß sie nur insoweit haftet, als der Handelnde als Konkursverwalter tätig geworden ist. Veräußert aber der Konkursverwalter Gegenstände, von denen er weiß, daß sie massefremd sind, so ist er nicht als Konkursverwalter tätig geworden. Die Masse ist daher über den Erlös aus der Veräußerung hinaus nicht verhaftet. Der Konkursverwalter haftet lediglich persönlich gemäß § 82 KO.

---

2) § 59 Ziffer 3 KO.

3) Jaeger, § 46 Anm. 17; RGZ. 94 S. 25; RGZ. 98 S. 149; RG. in LZ. 1908 Sp. 855 Nr. 18. RG. in LZ. 1909 Sp. 786,

4) Jaeger, § 46 Anm. 22; Mentzel, § 59 Anm. 3 am Ende; RG. in LZ. 1909 Sp. 786; OLG. Düsseldorf in JW. 1927, S. 1705 Nr. 2.

5) Jaeger, § 46 Anm. 22; Martin Wolff, § 85, II S. 285.

6) Mentzel, § 46 Anm. 4.

Unberührt durch die Ersatzaussonderung und die damit zusammenhängenden Fragen bleibt der Schadenersatzanspruch des Verkäufers wegen der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters.

III. Wie aber, wenn der nachmalige Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung die Vorbehaltssachen unbefugt unter ihrem Wert verkauft hat? Oder, wenn die noch ausstehende Kaufpreisforderung, die der Konkursverwalter gemäß § 46 KO. dem Verkäufer abgetreten hat, uneinbringlich ist?

Stellen wir uns folgenden Fall vor: Der Verkäufer hat dem nachmaligen Kridar für 1000 RM. Waren unter Eigentumsvorbehalt verkauft und zwar mit der Vereinbarung, daß die Waren nur im ordentlichen Geschäftsverkehr vor völliger Bezahlung weiterveräußert werden dürfen. Der Kridar hat vor der Konkurseröffnung die Hälfte der Waren im Ausverkauf zu einem Preise von 400.— RM. verkauft und übereignet. Der Kaufpreis ist nach der Konkurseröffnung in Höhe von 200 RM. eingezogen und ununterscheidbar mit dem übrigen Geld der Masse vermischt. Der Abnehmer des Kridars ist zahlungsunfähig, sodaß die Restforderung gegen ihn wertlos ist. Wie ist die Rechtslage?

Der Vorbehaltsverkäufer kann nach Wahl der Nichterfüllung seitens des Verwalters die noch vorhandenen Waren aussondern. Ferner hat er eine Forderung gegen die Masse in Höhe von 200 RM. gemäß § 59 Ziffer 3 KO. Er kann gemäß § 46 KO. Abtretung der Forderung von 200 Mark gegen den Kunden des Gemeinschuldners verlangen. Diese Forderung ist aber wertlos. Welcher Schaden ist nun dem Verkäufer durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden? Daneben ist auch der besondere Schaden zu berücksichtigen, der durch den Bruch der Verpflichtung des Vorbehaltskäufers, die Waren nur im ordentlichen Geschäftsverkehr und nicht unter Wert zu veräußern, entstanden ist. Wenn die Kaufsachen für den Verkäufer einen Wert von 900.— RM. haben, so beträgt der dem Verkäufer durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandene Schaden bei Rückerhalt sämtlicher Kaufsachen 100.— RM. Diese 100 RM. kann der Verkäufer als Konkursforderung geltend machen. Hätte aber der nachmalige Kridar nicht widerrechtlich einen Teil der Kaufsachen unter ihrem Wert veräußert, so hätte der Verkäufer diese und die Quote von 100 RM. erhalten.

Wir wollen nun unterstellen, daß die Konkursquote 20% betrage. Der Verkäufer hätte dann ohne das vertragswidrige Verhalten des Gemeinschuldners einen Ausfall von 80 RM. infolge des Konkurses erlitten. Infolge des vertragswidrigen Verhaltens ist sein Schaden aber größer. Sein Erfüllungsinteresse beträgt ohne Zurück-

erhalt der Kaufsachen 1000.— RM. Dieser Schaden mindert sich aber um den Wert der ausgesonderten Sachen, also um 450.— RM. Ferner sind aber auch von der Summe von 1000 RM. noch die 200 RM. abzuziehen, die der Verkäufer als ungerechtfertigte Bereicherung der Masse in voller Höhe erhalten hat. Die Forderung gegen den Käufer des Gemeinschuldners ist nicht in Ansatz zu bringen, da wir angenommen haben, daß diese Forderung nicht realisierbar ist.

Der Schaden des Vorbehaltsverkäufers beträgt also unter diesen Voraussetzungen 350.— RM., und bei einer Konkursquote von 20% würde der Verkäufer 70 RM. erhalten. Sein Gesamtausfall beträgt dann 350.— RM. weniger 70.— RM. gleich 280 RM.

Hätte jedoch der Gemeinschuldner die Hälfte der Vorbehaltssachen nicht vertragswidrig vor Konkurseröffnung im Ausverkauf und unter ihrem Wert weiterveräußert, so würde der dem Verkäufer durch den Konkurs verursachte Gesamtausfall nur 80 RM. betragen. Infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Gemeinschuldners, der die Sicherung für die Schuld durch die Veräußerung der Vorbehaltssachen beseitigt hat, ist ihm mithin ein besonderer Schaden von 200 RM. entstanden, dessen Ersatz als Konkursforderung geltend zu machen ist.

IV. Dieser besondere Schaden beruht freilich nicht auf der Erfüllungsablehnung, sondern auf positiver Vertragsverletzung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung. Es handelt sich nicht um einen Schaden, der typisch von der Erfüllungsablehnung abhängig ist. Der Schaden, der durch die Zuwiderhandlungen gegen die Verfügungsbeschränkungen entstanden ist, hätte auch außerhalb des Konkurses des Gemeinschuldners den Verkäufer treffen können. Der Anspruch auf Ersatz dieses besonderen Schadens ist, weil vor der Konkurseröffnung begründet, Konkursforderung, geht aber nicht in den Schadensersatzanspruch wegen der Erfüllungsablehnung über [7]).

Die Frage, wie der Vertragspartner gestellt ist, wenn der ihm durch die unbefugte Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen seitens des nachmaligen Kridars entstandene Schaden nicht durch die Ersatzaussonderung gedeckt ist: ist mithin grundsätzlich dahin zu beantworden, daß ihm ein besonderer Konkursschadensersatzanspruch, sei es wegen Eigentumsverletzung aus § 989 BGB., sei es aus positiver Vertragsverletzung zusteht [8]).

---

[7]) Jaeger, § 17, Anm. 45 am Ende; Jaeger, § 46, Anm. 21; Mentzel, § 26 Anm. 3 Abs. 3.

[8]) Jaeger, § 46 Anm. 21.

Die Wirkung des uneigentlichen Eigentumsvorbehalts äußert sich also hier darin, daß der Verkäufer nicht allein die normale Konkursschadenersatzforderung wegen der Erfüllungsablehnung hat. Er hat außerdem noch eine Konkursschadenersatzforderung wegen des ihm durch die Uebertretung des uneigentlichen Eigentumsvorbehalts entstandenen besonderen Schadens.

Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die Vorbehaltssachen veräußert, ohne überhaupt zur Veräußerung ermächtigt zu sein, so kann der Verkäufer stets auch den Ersatz des besonderen ihm dadurch entstandenen Schadens als Konkursforderung geltend machen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Vorbehaltskäufer nicht Händler ist, sondern die Kaufsachen für seinen eigenen Bedarf gekauft hat.

V. Soweit die Gegenleistung bereits vor Konkurseröffnung eingezogen ist, ist für eine Ersatzaussonderung kein Platz. Der Verkäufer kann seine Forderung nur als Konkursschadensersatzforderung geltend machen [9]).

Dieses Ergebnis scheint zwar für den Verkäufer unbillig zu sein, muß aber aus dem eindeutigen Wortlaut des § 46 KO. abgeleitet werden und entspricht im übrigen auch der herrschenden Ansicht. Auch von einer Bereicherung der Masse im Sinne des § 59 Ziff. 3 KO. in Höhe des vor Konkurseröffnung eingezogenen Erlöses kann nicht gesprochen werden, weil eine Bereicherung der Masse erst nach ihrer Entstehung möglich ist.

Die Masse entsteht erst mit der Konkurseröffnung. Nur was ihr nach diesem Zeitpunkt ohne rechtlichen Grund zugeflossen ist, kann als ungerechtfertigte Bereicherung der Masse betrachtet werden [10]).

---

[9]) Jaeger, § 46 Anm. 12; Mentzel, § 46 Anm. 4; RGZ. 94 S. 25; LZ. 1913 Sp. 156 Nr. 3.

[10]) Mentzel, § 59 Anm. 3 Abs. 1; Jaeger, § 59 Anm. 11; Petersen-Kleinfeller, § 59 Anm. 12; Wilmowski-Kurlbaum, § 59 Anm. 6; Meyer-Bleyer. § 59, Anm. 3; RG. in LZ. 1927, Sp. 390 ff., insbes. Sp. 393; RGZ. Bd. 94 S. 20, insbes. S. 25.

§ 12.

Der Eigentumsvorbehalt in Verbindung mit Surrogationsklauseln.

I. Zahlreiche Industrieverbände, Lieferantenvereinigungen und Einzelkaufleute vereinbaren bei Verkäufen an Händler einen Eigentumsvorbehalt, fügen aber außerdem noch die Bestimmung hinzu, daß der Erlös im Falle einer Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen an deren Stelle treten solle. Die Absicht des Verkäufers ist bei dieser Klausel, sich auch für den Fall der Weiterveräußerung der Waren zu sichern. Seine Sicherung soll darin bestehen, daß ihm das, was der Käufer aus dem Weiterverkauf erzielt, sei es eine Forderung gegen den Kunden, seien es Bareinnahmen, zur Sicherheit übertragen wird. Diese Klauseln kommen in den verschiedensten Formulierungen vor. Mitunter wird nur auf die Kundenforderung abgestellt, mitunter schlechthin auf den Erlös aus der Weiterveräußerung.

Der Verkäufer will mit dieser Bestimmung nicht so sehr eine Verpflichtung des Käufers zur Uebertragung der Rechte aus der Weiterveräußerung statuieren. Die künftige Forderung soll vielmehr mit ihrer Entstehung ipso iure auf den Vorbehaltsverkäufer übergehen. Das gleiche soll in entsprechender Weise für die Bareinnahmen aus der Weiterveräußerung gelten.

Es handelt sich bei derartigen Klauseln um eine vertraglich vereinbarter dinglicher Surrogation. Dabei ist zwischen der Verpflichtung, die durch Weiterveräußerung entstehenden Forderungen auf den Vorbehaltsverkäufer zu übertragen und der Vereinbarung mit dinglich gemeinter Wirkung zu unterscheiden.

Daß eine rein obligatorische Verpflichtung dieser Art volle Wirksamkeit hat, ist zweifelsfrei. Es wäre dies nichts anderes als eine vertragliche Verpflichtung zu bestimmten Verfügungen.

In der allgemeinen Bestimmung, daß der Erlös auf den Vorbehaltsverkäufer übergehen solle, liegt einmal eine Abtretung künftiger Forderungen, zum anderen eine Uebereignung von Sachen im Wege des Besitzkonstitutes, und zwar von solchen Sachen, die der Veräußerer selbst noch nicht in seinem Besitz und Eigentum hat.

II. An der Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen kann heute nicht mehr gezweifelt werden[1]). Die Abtretung künf-

---

[1]) Oertmann, § 399 Anm. 1 g, γ und die dort angegebene Literatur; RGZ. 67 S. 166 f.

tiger Forderungen ist wie jede andere Zession nur dann wirksam, wenn die Abtretung ernsthaft gemeint ist. Hatte der Vorbehaltsverkäufer auf alle Gläubigerrechte verzichtet, insbesondere auf das Recht der Mitteilung von der Zession an den Kunden des Vorbehaltskäufers oder auf das Recht der persönlichen Geltendmachung der Forderung, so liegt keine Zession vor. Auch die allgemeine Gestattung des Zessionars gegenüber dem Zedenten, daß dieser die Forderung dem Schuldner gegenüber als eigene geltend machen dürfe, ist mit dem Wesen der Forderungsabtretung nicht vereinbar [2]).

Zur Wirksamkeit einer jeden Forderungsabtretung ist entscheidendes Erfordernis, daß der Zessionar von nun an auch nach außen als Gläubiger auftritt. Soll der Zedent für die Dauer weiterbefugt sein, über die Forderung im eigenen Namen zu verfügen und als Gläubiger aufzutreten, so liegt keine Forderungsabtretung vor [3]). Der Inhalt des Gläubigerrechts besteht darin, daß der Zessionar die geschuldete Leistung vom Schuldner zu fordern berechtigt ist. Dies gilt auch für die sicherungshalber erfolgte Abtretung.

Es gehört zum Wesen der Forderungsabtretung, daß der Zessionar durch die Zession das Recht erhält, die Forderung im eigenen Namen gegen den Schuldner zu verfolgen. Infolgedessen haben wir als unwirksame Zession künftiger Forderungen alle die Fälle auszuschalten, in denen ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, daß der Schuldner von der Abtretung nicht benachrichtigt werden dürfe, daß dem Zedenten das Recht der Einziehung im eigenen Namen verbleibe, daß der Zessionar die Forderung nicht einziehen dürfe [4]). Dieser Sachverhalt wird jedoch zweifellos häufig bei der Vereinbarung von Surrogationsklauseln von den Parteien gewollt sein.

Eine Abtretung bestehender oder künftiger Forderungen unter Ausschließung des Einziehungsrechts ist wirkungslos; denn hier soll der Zessionar nichts anderes erlangen als das Recht, gegebenenfalls gemäß § 771 ZPO. zu intervenieren oder im Falle eines Konkurses die betreffende Forderung auszusondern [5]).

---

[2]) RG. in DJZ. 1914, Sp. 939.

[3]) Liebstädter, S. 238; RGR.Komm. § 398 Anm. 1.

[4]) RG. in RGZ. Bd. 90, S. 248; Bd. 90 S. 276; Bd. 92 S. 105 ff.; Bd. 92 S. 238, insbesondere S. 240.

[5]) RG. in „Recht“ 1918 Nr. 33; RGZ. Bd. 92 S. 109; JW. 1932 S. 1655.

Das besondere Erfordernis der Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen ist deren individuelle Bestimmbarkeit oder Bestimmtheit [6]).

Wie man sich die Uebertragung der künftigen Forderung vorzustellen hat, ist zweifelhaft. Auf der einen Seite wird die wohl überwiegende Ansicht vertreten, daß die abgetretene künftige Forderung im Augenblick ihres Entstehens sogleich in der Person des Zessionars entsteht [7]). Die andere Theorie will die entstehende Forderung erst einen Augenblick durch die Person des Zedenten hindurch gehen lassen [8]). Ein Eingehen auf diesen Streit erübrigt sich in unserer Arbeit, weil er für die hier zu erörternde Frage ohne Bedeutung ist.

Die Abtretung künftiger Forderungen ist als unwirksam zu erachten, wenn die Forderung des Vorbehaltskäufers gegen seinen Kunden nur in Höhe der Forderung des Vorbehaltsverkäufers an diesen abgetreten wird. Hier besteht hinsichtlich der Unwirksamkeit der Abtretung kein Zweifel, weil die abgetretene künftige Forderung völlig unbestimmt ist. Aus der Abtretungserklärung muß der Gegenstand der Zession mit ausreichender Klarheit entnommen werden können [9]).

Es bleiben also für unsere Untersuchung nur die Fälle übrig, in denen ohne weitere Bestimmung über die Zession etwas gesagt ist: „Der Erlös tritt an die Stelle der Waren" oder „Die durch den Verkauf der Waren entstehenden Forderungen werden schon jetzt dem Verkäufer abgetreten."

Haben die Parteien das Wort Erlös gebraucht, so fällt darunter nicht nur der Barerlös, sondern alles, was durch den Weiterverkauf der Waren erzielt wird, also auch etwaige Kaufpreisforderungen.

Die Rechtsprechung hat hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen das Erfordernis der individuellen Bestimmbarkeit aufgestellt. Es ist jedoch in der höchstrichterlichen Judikatur nicht hervorgehoben worden, mit welchen Maßstäben die Bestimmtheit oder die individuelle Bestimmbarkeit der abgetretenen

---

6) Staudinger § 398 Anm. I. II; Planck § 398 Anm. 4 e; Oertmann zu §§ 398 u. 399 Anm. 1 b, γ; Kreß, Lehrb. S. 499; v. Tuhr in DJZ. 1904 Sp. 426 ff.; RGZ. 55, S. 334, RGZ. 58, S. 72; 67 S. 166; 98, S. 320.

7) Staudinger, v. Tuhr, Kreß a. a. O.

8) Insbes. Oertmann zu §§ 398 und 399 Anm. 4 g γ.

9) RGZ. 92 S. 239; DJZ. 1914 Sp. 939; Liebstätter S. 238; Staudinger § 398 Anm. I, II.

künftigen Forderung zu messen ist [10]. Die abgetretene künftige Forderung muß so genau bezeichnet sein, daß erkennbar ist, welche Forderung gemeint ist, sodaß bei Entstehung mehrerer Forderungen keine Zweifel auftauchen können.

Bei Abtretung der künftigen Kaufpreisforderungen seitens des Vorbehaltskäufers besteht jedoch noch völlige Ungewißheit hinsichtlich vieler Momente, durch die die Forderung im einzelnen bestimmt ist. Ungewiß ist die Höhe der Forderung, die Person des Drittschuldners, die Zeit der Fälligkeit.

Das einzige Erkennungszeichen für die Forderung ist die Vorbehaltssache, durch deren Veräußerung die abgetretene Forderung entstehen soll [11]. Stulz hält dieses Merkmal für ausreichend, um die abgetretene Forderung bei ihrer Entstehung dadurch identifizieren zu können.

Aber nicht immer sind die Vorbehaltssachen eindeutig bestimmt. Das trifft insbesondere bei geringwertigen Gegenständen, etwa Kurzwaren oder Lebensmitteln, zu. Die Vorbehaltssachen im einzelnen zu bestimmen, ist in der Regel dann schwierig, wenn der Vorbehaltskäufer von mehreren Verkäufern gleiche oder ähnliche Sachen geringeren Wertes gekauft und miteinander vermischt hat. Es können also schon Zweifel darüber auftauchen, welche Gegenstände überhaupt der Surrogationsklausel unterliegen.

Auch nach der herrschenden Meinung ist die Abtretung künftiger Forderungen nur dann möglich, wenn die Gegenstände, auf die sich die Weiterveräußerung erstreckt, ihrerseits mit Sicherheit zu bestimmen sind.

U. E. genügt die Vertragsbestimmung, daß die durch den Verkauf der Vorbehaltssachen entstehenden Forderungen schon jetzt an den Verkäufer abgetreten seien, dem Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit nicht. Sehr oft sind Zweifel möglich, wer nun eigentlich Gläubiger der abgetretenen Forderung ist. So sind folgende Fälle denkbar:

1. Der Vorbehaltskäufer veräußert mehrere Vorbehaltssachen, die von verschiedenen Lieferanten herrühren, zu einem Gesamtpreis an einen Dritten.

2. Der Vorbehaltskäufer veräußert verschiedene Gegenstände, die er auf Grund mehrerer Lieferungen von einem Lieferanten erhalten hat, zu einem Gesamtpreis an einen Dritten. Der Vorbe-

---

10) Stulz S. 28.

11) Vgl. bezgl. des Erfordernisses der Bestimmbarkeit abgetretener künftiger Forderungen RGZ. Bd. 92 S. 239.

haltskäufer hat einen Teil der veräußerten Waren bereits bezahlt, den anderen Teil noch nicht.

3. Der Vorbehaltskäufer hat die Sachen aus verschiedenen Lieferungen verschiedener Lieferanten vermischt und verkauft und zwar jeweils kleinere Quantitäten an zahlreiche Abnehmer [12]).

Diese Fälle [13]) zeigen, daß die Surrogationsklausel nicht alle Zweifel über das Gläubigerrecht ausschalten kann. Es besteht niemals völlige Klarheit, welche Forderung der Vorbehaltsverkäufer durch die Abtretung erwerben will. Nur dann jedoch wird man eine ausreichende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Forderung annehmen können, wenn sie auf jeden Fall bei ihrer Entstehung identifiziert werden kann. Auf Grund der bereits bei ihrer Abtretung vorhandenen Merkmale muß später eindeutig festgestellt werden können, wer Gläubiger ist. Es müssen zur Zeit der Abtretung solche Merkmale dieser noch nicht entstandenen Forderung vorliegen, daß diese Merkmale nach Entstehung mehrerer Forderungen nicht auf verschiedene von ihnen passen können. Kurz gesagt, es muß vollständige Klarheit für den Fall der Forderungsentstehung hinsichtlich der Frage vorhanden sein, wem die entstandene Forderung zusteht.

Das Reichsgericht [14]) hat in einer Entscheidung angeführt, eine ausreichende Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung liege vor, wenn jemand alle ihm aus einem Fleisch- und Viehverkauf erwachsenden Forderungen abtritt. Eine nähere Begründung fehlt der betreffenden Entscheidung.

In einem Punkte hat der vom RG. behandelte Fall hinsichtlich der Bestimmbarkeit der künftigen Forderung vor unserem Falle etwas voraus. Denn bei einer generellen Abtretung aller aus dem Fleisch- und Viehverkauf entstehenden Forderungen an einen Zessionar besteht Klarheit darüber, daß a l l e diese Forderungen, wie auch immer sie beschaffen sein sollten, dem Zessionar mit ihrer Entstehung erwachsen sollten. Diese Klarheit fehlt aber in den Fäl-

[12]) Vgl. RG. in JW. 1932 S. 1966.

[13]) Meyer zeigt in JR. 1931 S. 246 ff. eine Anzahl derartiger Fälle auf, in denen Zweifel bezüglich des Gläubigerrechts möglich sind. Wenn aber Meyer infolge der „Vermischung" von Forderungen mehrerer Erstverkäufer deren Gläubigerrecht untergehen läßt, so zeigt dies die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre: Die Erstverkäufer sind vielmehr niemals Gläubiger geworden, da die abgetretenen künftigen Forderungen nicht schon zur Zeit der Abtretung völlig zweifelsfrei identifiziert werden konnten.

[14]) RGZ. 92 S. 239.

len der Surrogationsklausel. In unserem Falle können mehrere Vorbehaltsverkäufer als Prätendenten derselben Forderung auftreten[15]).

Jaeger ist der Ansicht, daß sie im Voraus abgetretene Forderung durch ihrer Rechtsgrund ausreichend bestimmt ist. Demgegenüber ist dabei zu bleiben, daß eine Vorausabtretung Wirksamkeit nur dann beanspruchen kann, wenn zur Zeit der Abtretung die Identität der abgetretenen Forderung völlig zweifelsfrei bestimmt ist. Die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung in der Weise, daß objektiv jeder Zweifel ausgeschlossen ist, fehlt aber bei der Surrogationsklausel. Daher hat hier die antizipierte Forderungsabtretung keine dingliche Wirkung.

III. Manche Surrogationsklauseln enthalten auch ein antizipiertes Besitzkonstitut. Dabei wollen die Parteien, daß im Falle einer Weiterveräußerung der Vorbehaltssachen der Barerlös daraus ohne weiteren Uebertragungsakt Eigentum des Vorbehaltsverkäufers werden solle. Der künftige Besitzer und Eigentümer einer Sache will diese also übereignen, bevor er sie selbst erworben hat. Aus dem Sinn dieser Klausel ergibt sich, daß die Parteien nicht bloß eine obligatorische Verpflichtung des Käufers schaffen wollen, sondern, daß sie darüber hinaus eine Verfügung treffen wollen. Sinn dieser Bestimmung ist der, dem Verkäufer für den Fall eines Konkurses in Ansehung des durch den Weiterverkauf der Vorbehaltssachen eingenommenen Geldes ein Aussonderungsrecht zu geben. Der Verkäufer will Eigentum an dem Geld erwerben, das dem Vorbehaltskäufer gezahlt wird. Aus dem Sinn des ganzen Vertrages ergibt sich aber noch folgender Gesichtspunkt: Der Eigentumsvorbehalt mit der Verschärfung durch die Surrogationsklausel wird vereinbart, um die gestundete Kaufpreisforderung zu sichern. Die Kaufpreisforderung ist innerhalb bestimmter Fristen abzudecken. Verkauft nun inzwischen der Vorbehaltskäufer weiter, und nimmt er durch den Weiterverkauf Geld ein, so soll dieses nach dem Willen der Parteien Eigentum des Verkäufers werden. Hierbei kann es sich aber nur um eine Art Sicherheit handeln, da nach dem Vertrage in der Regel die Kaufpreisraten an bestimmten Terminen zu entrichten sind. Der Käufer ist nicht verpflichtet, vorher dem Verkäufer end-

---

[15]) Gegen die von uns vertretene Auffassung und für die Wirksamkeit der antizipierten Forderungsabtretung sind: Jaeger in K. u. T. 1930, S. 19; Levy S. 165; Ziffer in JW. 1930 S. 1359; Stulz S. 28; Liebstätter S. 238; Eisold § 4 Anm. 9; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bd. IV S. 1201 Anm. 144; Rühl in LZ. 1931 Sp. 154; RG. in JW. 1932 S. 1265; (allerdings mit gewissen Einschränkungen) Rühl S. 41 f., S. 162. RG. in JW. 1932 S. 1965 und S. 3174; Isele in JW. 1932 S. 1374; Stulz in JW. 1932 S. 1965; wie im Text: anders in JW. 1933 S. 218; schwankend ist das RG. in JW. 1932 S. 1655.

gültige Geldzuwendungen zu machen. Wenn eine solche Klausel vereinbart wird, so soll die von den Parteien beabsichtigte Uebereignung ebenso wie die antizipierte Forderungsabtretung nur Sicherungszwecken dienen. Sie stellt sich somit als Sicherungsübereignung dar.

Es ist hinsichtlich des antizipierten Besitzkonstituts zwischen zwei verschiedenen Fällen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung wird nicht immer streng durchgeführt [16]), obwohl es sich um begrifflich unterschiedliche Institute handelt.

a) Das antizipierte Besitzkonstitut: Das Besitzmittlungsverhältnis und der Eigentumsübergang werden vereinbart, bevor der Veräußerer die veräußerte Sache erworben hat. Der Eigentumsübergang ist vollendet, wenn der Veräußerer die Sache erwirbt [17]).

b) Der Fall, daß vereinbart wird, erst nach dem Erwerbe des Veräußerers solle dieser die Sache dem Erwerber übereignen, und zwar im Wege des erlaubten Selbstkontrahierens. Hierbei schließt der Veräußerer als Vertreter des Erwerbers mit dessen Vollmacht mit sich selbst den Uebereignungsvertrag ab. Es ist jedoch hierzu erforderlich, daß der Uebertragungsakt auch nach außen in Erscheinung tritt [18]).

Das Reichsgericht [19]) hat folgenden Fall behandelt: Jemand hat einem anderen Ware zu kommissionsweisen Verkauf überlassen. Dabei hatten die Parteien vereinbart, daß der Erlös aus dem Verkauf der Kommissionswaren sofort auf den Kommittenten übergehen solle.

Das Reichsgericht geht nun zunächst davon aus, daß einer solchen Vertragsbestimmung nicht bloß obligatorische Bedeutung zukomme. Es handle sich hier nicht um den Fall, daß der Kommissionär zunächst zu eigenem Recht erwerbe und nachträglich im Wege eines mit sich selbst als Vertreter des Kommittenten vorgenommenen Besitzkonstitutes die Uebereignung an den Kommittenten vornehme. In dem vom RG. behandelten Falle solle es sich vielmehr darum handeln, daß die Parteien den Eigentumsübergang vorweg gemäß § 930 BGB. vereinbart haben. Sie hätten diesen auf den Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kommissionär verlegt, sodaß dadurch das Eigentum unmittelbar mit dem Erwerb des Kommissionärs auf den Kommittenten übergehe.

Ein derartiges vorweggenommenes Besitzkonstitut sei rechtlich möglich; das Besitzmittlungsverhältnis sei in der Treupflicht des Kommissionärs und in seiner Verwahrungspflicht zu sehen.

---

16) Vergl. Staudinger § 930 Anm. 1, b δ; sehr klar ist die Unterscheidung von RG. III. Strafsenat in RGSt. 62 S. 31 durchgeführt.

17) Warn. Rechtspr. 1908 S. 61.

18) RGSt. Bd. 62 S. 32.

19) RGSt. Bd. 62 S. 31.

Beim Eigentumsvorbehalt mit Surrogationsklausel wollen die Parteien, daß unmittelbar durch den Erwerb des Geldes seitens des Vorbehaltskäufers dieses auf den Verkäufer übergehe. Sie wollen also ein antizipiertes Besitzkonstitut vornehmen.

Es kann wohl als feststehend angenommen werden, daß die Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts möglich ist. Zwar geht das BGB. in § 930 davon aus, daß der Veräußerer im Besitze der zu veräußernden Sache ist. Aber der Wortlaut des Gesetzes ist nicht entscheidend. In § 930 BGB. wird in erster Linie der Gegensatz zum Fall des § 931 BGB. betont. Was jedoch aus dem Wortlaut des § 930 hinsichtlich der Wirkung und Wirksamkeit des antizipierten Besitzkonstitutes gefolgert werden wird, ist der Umstand, daß der Erwerb durch das Besitzkonstitut erst nach dem Erwerb des Veräußerers vollendet ist [20]).

An der Möglichkeit der wirksamen Vornahme des antizipierten Besitzkonstitutes ist nicht zu zweifeln. Es wird hierbei lediglich die Uebereignung dem Rechtsübergang vorweggenommen. Mit Recht weist aber von Tuhr darauf hin, daß auf jeden Fall hinsichtlich des Erfordernisses der Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses Strenge walten müsse. Die Vorwegnahme des Besitzkonstitutes befreit die Parteien von diesem gesetzlichen Erfordernis nicht [21]).

Durch die Surrrogationsklausel wird aber ein Besitzmittlungsverhältnis nicht vereinbart [22]). Das Gesetz geht in § 930 BGB. davon aus, daß die Uebergabe durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt werden kann. Es stellt damit fest, daß ein abstraktes Besitzkonstitut der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. Wenn aber vereinbart wird, daß anstelle der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren, deren Erlös treten soll, so fehlt es hierbei an einer Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses. Es hieße dem Gesetz Gewalt antun, wollte man sagen, daß aus dieser Klausel sich Verwahrungspflichten des Vorbehaltskäufers ergeben; und daß diese ein Besitzmittlungsverhältnis begründen würden. Wollte man dies erklären, so würde man praktisch ein abstraktes Besitzkonstitut einführen. Eine derartige Ansicht hat den Fehler, daß sie aus dem Besitzkonstitut ein Besitzmittlungsverhältnis ableitet. Im übrigen kann man bei jedem abstrakten Besitzkonstitut durch Annahme von Verwahrungspflichten des Veräußerers ein Besitzmittlungsverhält-

---

20) v. Tuhr in Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 47 ff.; vgl. auch das von Tuhr gegeben, sehr anschauliche Beispiel.

21) JW. 1907, S. 747 Nr. 18; 1912 S. 144 Nr. 21; Staudinger § 930 Anm. 1, b, g.

22) vgl. dazu Rühl in LZ. 1931 Sp. 155, 156.

nis konstruieren. Das würde jedoch zu einer Umgehung des Gesetzes führen.

Die Frage der Wirksamkeit der Surrogationsklausel in Ansehung der antizipierten Uebereignung des durch den Weiterverkauf vereinnahmten Geldes hat jedoch praktisch nur geringe Bedeutung. Regelmäßig will der Lieferant, der dem selbständigen Händler gegenübertritt — denn in diesen Kreisen kommt die Surrogationsklausel gerade zur Anwendung — diese nicht auch auf das vereinnahmte Geld erstrecken. Denn eine Sicherungsübereignung von Geld hat wirtschaftlich keinen rechten Sinn. Sollte aber das antizipierte Besitzkonstitut dem Lieferanten nicht bloß sicherungshalber übertragenes Eigentum an dem Geld verschaffen, so würden dadurch regelmäßig die in solchen Verträgen vereinbarten Zahlungsfristen überflüssig werden.

Wir haben somit festgestellt, daß eine Eigentumsvorbehaltsklausel, die bestimmt, daß der Erlös der Vorbehaltsware an die Stelle der Waren treten wird, dingliche Wirkung nicht beanspruchen kann.

IV. Gemäß § 137 BGB. ist die unwirksame dingliche Vereinbarung zu einer wirksamen obligatorischen umzudeuten.

Danach ist der Vorbehaltskäufer zum Weiterverkauf der Vorbehaltswaren ermächtigt. Er muß jedoch das, was er daraus erzielt, zur Sicherheit für seine Kaufpreisschuld dem Verkäufer übertragen, sei es, daß es sich dabei um Kundenforderungen, sei es, daß es sich dabei um Bargeld handelt. Im einzelnen kommt es hinsichtlich dieser Verpflichtung auf dem Wortlaut der betreffenden Verträge an. Zu dieser Rechtsübertragung soll der Käufer zugleich vom Verkäufer bevollmächtigt sein, für ihn aufzutreten und so mit sich selbst zu kontrahieren. Eine solche Uebertragung im Wege des Selbstkontrahierens aber hat nur dann dingliche Wirkung, würde nur dann den Verkäufer zur Aussonderung bzw. wegen der Sicherungsübereignung zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, wenn der Uebertragungsakt nach außen in Erscheinung getreten ist [23]). Oft tritt er jedoch nicht nach außen in Erscheinung, sodaß die von den Parteien gewollte dingliche Wirkung im Konkurs dann nicht eintritt.

Kommt es dann später zur Erfüllungsablehnung, so entfällt der obligatorische Anspruch auf die Abtretung als ein Vertragsanspruch der auf eine Sicherung der Erfüllungsansprüche gerichtet ist [24]).

---

[23]) Staudinger, § 930 Anm. 1 b, d.
[24]) Richter in K. u. T. 1928, Seite 5.

Im Verkehr von Möbelfabrikanten und Textilgrossisten gegenüber Abzahlungsgeschäften findet man vielfach eine dadurch verschärfte Surrogationsklausel, daß bestimmt wird, der Vorbehaltskäufer sei verpflichtet, das durch den Weiterverkauf der Vorbehaltsware vereinnahmte Geld gesondert aufzubewahren und baldmöglichst an den Vorbehaltsverkäufer abzuliefern. Diese verschärfte Surrogationsklausel bestimmt nur das, was sich sinngemäß aus jeder allgemeingehaltenen Surrogationsklausel ergibt, wenn man deren dingliche Wirkung annimmt. Die einfache wie die verschärfte Surrogationsklausel können lediglich eine obligatorische Verpflichtung des Käufers zur sicherungsweisen Uebereignung des vereinbarten Geldes sowie zur sicherungsweisen Abtretung der Kundenforderungen begründen. Daraus ergibt sich für den Konkursfall, daß der Verkäufer neben seinem Schadensersatzanspruch wegen der Erfüllungsablehnung einen weiteren Schadensersatzanspruch geltend machen kann, wenn der Käufer diesen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und dem Verkäufer dadurch ein besonderer Schaden entstanden ist. Bei dem besonderen Schadensersatzanspruch, der nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, handelt es sich um einen Anspruch, der nicht auf dem durch die Erfüllungsablehnung entstandenen Schaden beruht. Er beruht vielmehr darauf, daß der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung seinen Vertragspflichten nicht nachgekommen ist. Dieser besondere Schaden besteht darin, daß der Verkäufer nunmehr bloß auf die Konkursquote angewiesen ist, während er im Falle vertragsmäßigen Handelns des Käufers durch Absonderungsrechte gesichert wäre.

Unseres Erachtens hat also die Surrogationsklausel, sowohl was die antizipierte Forderungsabtretung als auch was das antizipierte Besitzkonstitut anlangt, keine dingliche Wirkung, führt daher im Konkurse weder zur Aussonderung noch zur Absonderung.

Die herrschende Lehre [15]) ist bezüglich der Abtretung der künftigen Forderungen entgegengesetzter Anschauung. Nach ihr würde sich der Vorbehaltsverkäufer abgesondert befriedigen können. Eine Aussonderung ist deshalb nicht möglich, weil anerkanntermaßen bei der sicherungsweisen Abtretung der Grundsatz des § 64 KO. — Absonderung mit Anmeldung der Ausfallforderung — Platz greift [25]) [26]).

---

25) RGZ. 91 Seite 12 ff., insbesondere S. 15; JW. 1910 Seite 30. Jaeger zu § 64 in ZZP. Band 54, Seite 145.

26) Es ist zu beachten, daß wie Jacusiel S. 98 richtig hervorhebt, nach der herrschenden Lehre § 17 KO. im Falle des erweiterten Eigentumsvor-

Ob das antipizierte Besitzkonstitut bei der üblichen Surrogationsklausel dingliche Wirkung hat, ist bisher, soweit ersichtlich, noch nicht behandelt worden. Einen ähnlichen Fall behandelt das RG. in RGSt. Band 62 Seite 31.

---

behalts auch dann Anwendung findet, wenn alle Vorbehaltssachen vor ihrer völligen Bezahlung weiterveräußert sind; denn der Verkäufer ist noch verpflichtet, die ihm bloß sicherungsweise abgetretenen Forderungen zurückzuzedieren.

§ 13.

Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses bei Eigengeschäften.

Nach § 392 HGB. gelten Forderungen aus einem Geschäft, das ein Kommissionär für den Kommittenten abgeschlossen hat, im Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten als Forderungen des Kommittenten. Daraus ergibt sich, daß der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs die Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten aussondern kann.

Um den Verkäufer zu sichern, wird vereinzelt neben der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts bei Verkäufen an Händler bestimmt, daß bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises der Käufer als Kommissionär des Verkäufers gilt.

Eine solche Klausel lautet: „Die Ware bleibt in allen Fällen Eigentum des Verkäufers bis zur vollständigen Bezahlung. Wenn Wechsel oder Schecks angenommen werden, gilt die Zahlung erst dann als erfolgt, wenn die Wechsel oder Schecks eingelöst sind. Wird die Ware vom Käufer weiterveräußert, so gelten die darauf entstehenden Forderungen im Sinne des § 392 HGB. im Verhältnis zwischen der Mühle, ihrem Käufer und dessen Gläubiger als Forderungen der Mühle..." [1]).

Der Zweck, der mit dieser Bestimmung verbunden ist, ist der, im Konkurse des Vorbehaltskäufers, dem Verkäufer die Möglichkeit der Aussonderung der Kundenforderungen zu geben. Die Parteien wollen hier also auf ein Eigengeschäft die Vorschrift des § 392 HGB., der für Kommissionsgeschäfte gilt, anwenden.

Das Kaufgeschäft ist darauf gerichtet, dem Käufer Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Es ist dem Käufer überlassen, was er mit der Kaufsache beginnen will. Ist er Händler, so trägt er das Risiko des Einkaufs und des Verkaufs. Beim Kommissionsgeschäft ist der Kommissionär nicht Eigentumsanwärter. Für den Kommissionär ist die zu verkaufende Ware eine fremde Sache, das abzuschließende Geschäft ein fremdes Geschäft. Zwar verkauft er im eigenen Namen — und das hat er mit dem Händler gemeinsam — aber er verkauft für fremde Rechnung. Das wirtschaftliche Risiko trägt der Kommittent. Kann der Kommissionär die Ware des Kommittenten nicht veräußern, so gibt er sie ihm zurück. Da der Kommittent wirtschaftlich der eigentliche Verkäufer ist, hat das Gesetz ihn im Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten als Forderungsberechtigten bezeichnet. Der Kommittent

---

[1]) Süddeutsche Mühlenvereinigung, zit. nach Mayerstein, S. 9 ff.

hat daher nach den §§ 392 Abs. 2 HGB., 43 KO. im Konkurse des Kommissionärs die Möglichkeit, die Forderung gegen den Käufer auszusondern. Das Landgericht Stuttgart [2]) hat der oben zitierten Klausel der Süddeutschen Mühlenvereinigung die von der Verkäuferin beabsichtigte Wirkung versagt. Das Landgericht Stuttgart sieht in dieser Klausel eine unangemessene Begünstigung des Verkäufers gegenüber den andern Gläubigern. Die Bestimmung sei daher wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Diese Begründung des LG. Stuttgart ist nicht richtig.

Es handelt sich bei dieser Klausel lediglich um einen Versuch, dem Vorbehaltsverkäufer eine Sicherung für den Fall des Weiterverkaufs des Vorbehaltskäufers zu gewähren. Es ist kein unsittliches Bestreben, sich bei diesem Sachverhalt vor anderen Gläubigern besondere Vorteile sichern zu wollen. Es handelt sich um unbezahlte Ware, mit deren Erlös der Vorbehaltsverkäufer immerhin enger verknüpft ist, als etwa ein Darlehensgläubiger des Käufers. Diese Schutzbestrebungen stellen lediglich eine Wahrnehmung berechtigter Interessen dar [3]).

Aber aus anderen Gründen ist die Klausel als unwirksam zu betrachten. Während an sich der Verkaufskommissionär Gläubiger des Käufers ist, fingiert das HGB. in § 392 Abs. 2, daß im Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten die Forderung gegen den Käufer schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten gelte. Die Vertragsgenossen können eine gesetzliche Fiktion, die für einen bestimmten Tatbestand geschaffen ist, nicht willkürlich auf einen andern Tatbestand übertragen. Die Fiktion der Abtretung, die für das Kommissionsgeschäft gilt, ist in Ansehung des Eigengeschäfts unanwendbar [4]). Aus diesem Grunde muß der Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses, wenn die Grundlage ein Eigengeschäft ist, die rechtliche Wirksamkeit versagt werden.

Levy und Jaeger weisen darauf hin, daß der durch die Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses erstrebte wirtschaftliche Erfolg auch auf anderem Wege zu erreichen ist. Dies geschähe am zweckmäßigsten durch die antizipierte Forderungsabtretung. Demgegenüber ist u. E. festzustellen: Auf jeden Fall wollen die Parteien dem Vorbehaltsverkäufer die Möglichkeit geben, trotz der gestatteten Weiterveräußerung, die Kundenforderung im Falle eines Konkurses auszusondern. Das Gesetz gewährt aber in diesem Falle

2) LG. Stuttgart, veröffentl. in K. u. T. 1930, S. 14.
3) Jaeger in K. u. T. 1930, S. 18, vgl. auch Levy S. 165.
4) Jaeger, in K. u. T. 1930 S. 17; Eisold § 4, Anm. 9.

eine Ersatzaussonderung nicht [5]). Es hat daher eine innere Berechtigung, wenn alle Versuche, in wirtschaftlicher Beziehung zu dem in § 46 KO. nicht vorgesehenem Ergebnisse zu kommen, scheitern müssen. Das wirtschaftliche Ziel des Verkäufers ist immer dasselbe — nämlich die Möglichkeit der Aussonderung bzw. Absonderung des Erlöses aus der erlaubten Weiterveräußerung der Vorbehaltssache — mag er eine Surrogationsklausel oder ein Kommissionsverhältnis vereinbaren. Es kommt dem Verkäufer nicht auf den Weg zur Verwirklichung dieses Zieles an, sondern auf die Erreichung des Zieles selbst. Will aber das Gesetz einen derartigen wirtschaftlichen Erfolg an sich nicht zulassen, so kann es letzten Endes nicht darauf ankommen, mit welchen Mitteln die Parteien ihr Ziel zu erreichen suchen [6]).

[5]) Jaeger § 46 Anm. 3; RGZ. Bd. 115 S. 262, 264.
[6]) Richter in K. u. T. 1928, S. 4.

§ 14.

Der Vorbehaltskauf mit auflösend bedingter Uebereignung.

I. Auch bei Eigentumsvorbehalten, bei denen die Uebereignung auflösend bedingt ist, findet § 17 KO. im Falle des Konkurses einer Partei vor der Bezahlung des Käufers Anwendung. Der Konkursverwalter hat die Befugnis, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages zu wählen.

Wir betrachten zunächst den Fall, bei dem das Eigentum an den Verkäufer zurückfallen soll, wenn die Raten nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder nicht pünktlich bezahlt sind.

Bei einem solchen Sachverhalt kann der Verkäufer im Konkurse des Käufers die Kaufsache nicht schon deshalb zurückverlangen, weil nur konkursmäßig befriedigt wird [1]).

Lehnt aber der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so ist festgestellt, daß nunmehr jede Zahlung in Zukunft ausgeschlossen ist. Die Erfüllung des Vertrages ist wegen des Fehlens von Erfüllungsansprüchen unmöglich. Die Bedingung für den Eigentumsrückfall ist eingetreten; denn der Konkursverwalter erklärt durch die Erfüllungsablehnung, daß er die Nichtzahlung wolle. Nichtzahlung bedeutet aber Eintritt der auflösenden Bedingung.

Durch den Eintritt der Resolutivbedingung, hier also durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters, erlischt gemäß § 158 Abs. 2 BGB. die Wirksamkeit der bedingt vorgenommenen Verfügung und das Eigentum müßte an den Vorbehaltsverkäufer zurückfallen. Aber § 26 S. 1 KO. findet auf diesen Sachverhalt Anwendung. Die KO. will durch § 26 S. 1 KO. den Eigentumsrückfall, der außerhalb des Konkurses wirksam wäre, verhindern. Die Voraussetzungen des § 26 S. 1 KO. sind gegeben, da der Eintritt durch die infolge des Konkurses ausgesprochene Erfüllungsablehnung verursacht ist [2]). Mit Recht weist Jaeger a. a. O. darauf hin, daß durch die Vorschrift des § 26 Satz 1 KO. die Schutzvorschrift des § 161 Abs. 2 BGB. durchbrochen ist. § 26 Satz 1 will das Anwartschaftsrecht, das der Verkäufer hatte, und das durch § 161 Abs. 2 BGB. an sich geschützt wird, nicht zur Auswirkung kommen lassen. Wilmowsky-Kurlbaum [3]) nehmen an, daß trotz dem § 26 Satz 1 KO. das Eigentum an den Vorbehaltsverkäufer zurückfalle. Der Verkäufer müsse ein Aussonderungsrecht haben, da nach § 158 Abs. 2

---

[1]) Jaeger § 26 Anm. 11.

[2]) Sperling S. 44; Oetker in ZZP. 14 S. 29; Jaeger § 26 Anm. 15; Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 91; Jaffé Seite 37 u. 99.

[3]) Wilmowski-Kurlbaum, § 26 Anm. 6.

der frühere Rechtszustand von selbst wieder eintreten würde. Das BGB. habe in seinem § 158 Abs. 2 eine vom Recht des allgemeinen Landrechts abweichende Regelung getroffen. Nach diesem sei lediglich der Erwerber im Falle des Eintritts der auflösenden Bedingung zur Rückübertragung verpflichtet gewesen. Nach dem heute geltenden Recht komme aber § 26 S. 1 KO. nicht zur Anwendung.

§ 26 Satz 1 KO. trifft aber gerade diesen Fall, da der Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung und der Erfüllungsablehnung Eigentümer geworden war. Eine Aussonderung der in das Eigentum der Masse gelangten Vorbehaltssachen ist daher nicht möglich.

II. Als Bedingung können die Parteien auch andere Ereignisse als die Nichtzahlung oder die nicht pünktliche Zahlung gesetzt haben. Stets aber läuft die Frist für den Eintritt der Bedingung beim Eigentumsvorbehalt mit auflösend bedingter Uebereignung nur solange, wie eine Zahlungspflicht des Käufers besteht. Wählt in einem Fall, wo als Bedingung für den Eigentumsrückfall Ereignisse, wie etwa die Vornahme von Sicherungsübereignungen seitens des Käufers oder Pfändungen in das Vermögen des Käufers gesetzt waren, der Konkursverwalter die Nichterfüllung des Vertrages, so ist nunmehr der Eintritt des als Bedingung gesetzten Ereignisses wegen des Erlöschens der Zahlungspflicht des Käufers ausgeschlossen. Durch die Wahl der Nichterfüllung ist der Eintritt der Bedingung verhindert worden, zugleich aber auch die Zahlungspflicht des Käufers erloschen. Die Aussonderung der Vorbehaltssache seitens des Verkäufers scheitert hier also nicht allein an der Vorschrift des § 26 Satz 1 KO., sondern auch an dem Umstand, daß der Gemeinschuldner weiter Eigentümer der Vorbehaltssache bleibt.

Auch § 162 Abs. 1 BGB. kann keine Anwendung finden. Der Konkursverwalter verhindert allerdings durch die Erfüllungsablehnung, daß die für den Eigentumsrückfall gesetzte Bedingung eintritt. Aber da § 17 KO. die Befugnis der Erfüllungsablehnung gewährt, kann in der Ausübung dieser Befugnis kein Verstoß wider Treu und Glauben gesehen werden.

III. Anders ist die Rechtslage, wenn die auflösende Bedingung, gleich welcher Art, schon vor der Konkurseröffnung eingetreten ist. Es ist offenbar, daß dann das Eigentum schon vor der Konkurseröffnung an den Verkäufer zurückgefallen ist. Mithin liegen für diesen Fall die Voraussetzungen des § 26 Satz 1 KO. nicht vor.

Wählt der Konkursverwalter Nichterfüllung, so kann der Verkäufer die Kaufsache aussondern und hat im übrigen seinen Scha-

densersatzanspruch. Hierbei hat er allerdings den Rückerhalt der Kaufsache zu berücksichtigen.

IV. Ist als auflösende Bedingung eine andere Tatsache als die nicht pünktliche Zahlung gesetzt, so kann der Verkäufer auch dann aussondern, wenn die Bedingung nach der Konkurseröffnung, aber vor der Wahl des Konkursverwalters eintritt. § 26 Abs. 1 greift nicht ein, weil das Eigentum an den Verkäufer zurückgefallen ist, bevor die Nichterfüllung des Vertrages feststand. Die Konkurseröffnung und die Erfüllungsablehnung stehen mit dem Eigentumsrückfall in keinem Zusammenhang [4]. § 26 Satz 1 KO. kommt dann nicht zur Anwendung, wenn es die Parteien, hinsichtlich des Bedingungseintritts auf ein vom Konkurs unabhängiges Ereignis abgestellt haben. Dem steht auch nicht § 15 KO. entgegen. Das Anwartschaftsrecht des Verkäufers auf den Rückfall des Eigentums hält dem Konkursbeschlag stand; der nachmalige Kridar hatte nur ein auflösend bedingtes Recht, bei dem der endgültige Rechtserwerb noch nicht feststand. Der Verkäufer kann daher aussondern [5]. Die spätere Wahl der Nichterfüllung seitens des Konkursverwalters ändert daran nichts. Bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen der Erfüllungsablehnung ist stets zu berücksichtigen, ob der Verkäufer die Vorbehaltssache aussondern kann oder nicht.

V. Anhang: Auerbach [6] zitiert folgende Klausel: „1. Das Eigentum der Ware geht — abgesehen von der Regelung der Ziffer 2 — auf den Abnehmer unter folgender (auflösender) Bedingung über: Ist die gelieferte Ware noch nicht voll bezahlt, und verfügt der Abnehmer durch Sicherungsübereignung oder durch Verpfändungsvertrag über diese Waren oder andere Waren oder trifft er andere Verfügungen irgendwelcher Art zugunsten irgend eines Warengläubigers, oder erfolgt eine Pfändung in sein Vermögen, oder stellt er seine Zahlungen ein, so erlischt sein Eigentum an derjenigen Ware, deren Fakturen noch nicht voll bezahlt sind, und das Eigentum des Fabrikanten tritt wieder in Kraft.

2. Sind jedoch schon im Zeitpunkt der Lieferung der Ware Sicherungen der in Ziffer 1 erwähnten Art gegeben oder genommen worden, so erfolgt die Lieferung noch nicht bezahlter Ware seitens des Fabrikanten unter Eigentumsvorbehalt. Das Eigentum geht in diesem Falle mit der Bezahlung auf den Abnehmer über."

---

[4] Jaeger § 26 Anm. 15.
[5] Jaeger § 15 Anm. 15; § 1 Anm. 58.
[6] Auerbach, S. 60.

Diese Klausel zeichnet sich dadurch aus, daß sie für den Regelfall den Eigentumsvorbehalt mit auflösender Bedingung will, ausnahmsweise aber auch die aufschiebend bedingte Uebereignung kennt. Der Fehler einer derartigen Vereinbarung ist, daß im Einzelfall nicht erkennbar ist, unter welcher Modifikation die Uebereignung erfolgt ist. Man wird einer derartigen Vertragsbestimmung die Rechtswirksamkeit versagen müssen, da sich der Veräußerer selbst nicht klar ist, ob er die Uebereignung aufschiebend oder auflösend bedingt vornimmt. In jedem Eigentumsvorbehalt liegt zugleich auch ein dinglicher Vertrag. Ein dinglicher Vertrag kann aber nur dann zustande kommen, wenn die Parteien darüber einig sind und selbst wissen, was für eine Verfügung vorgenommen werden soll. Das wissen aber die Parteien hier nicht. Die oben zitierte Klausel ist daher unwirksam [7]).

Aus der Unwirksamkeit der Klausel folgt in dinglicher Beziehung, daß der Käufer weder suspensiv noch resolutiv bedingtes Eigentum erworben hat. Mangels eines Uebereignungswillens des Verkäufers, hat der Käufer nur den Besitz, aber nicht das Eigentum an der Kaufsache erlangt.

Durch die Unwirksamkeit dieser einen Vertragsbestimmung kann aber auch gemäß § 139 BGB. der ganze Kaufvertrag hinfällig werden. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der Lage des Einzelfalles ab.

---

[7]) Auerbach, S. 61; a. M. Schwister in JW. 1931 S. 1161.

4. Kapitel:

Wahl der Nichterfüllung im Konkurs des Verkäufers.

§ 15.

Der einfache Eigentumsvorbehalt.

I. Durch die Erfüllungsablehnung [1]) seitens des Konkursverwalters des Verkäufers erlöschen die beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Der Käufer kann daher den Konkursverwalter nicht zwingen, den Kaufpreis anzunehmen und dadurch das Eigentum an der Vorbehaltssache auf den Käufer übergehen zu lassen. Durch die Ablehnung seitens des Konkursverwalters entfällt die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers. Der Konkursverwalter kann die Kaufsache als zur Masse gehörig gemäß § 985 BGB. vindizieren. Der Käufer hat einen Konkursschadensersatzanspruch wegen der Nichterfüllung.

Gegenüber dem Vindikationsanspruch kann sich der Käufer nicht auf ein Recht zum Besitz berufen.

---

[1]) Bley will (in Judicium 1932 Sp. 202 ff. insbes. Sp. 209) § 17 KO. wohl beim Käuferkonkurs nicht aber beim Verkäuferkonkurs anwenden. Das solle sich aus § 161 Abs. 1 S. 2 BGB., der gegenüber dem § 17 KO. die speziellere Vorschrift sei, ergeben. Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters stelle eine Verfügung dar, durch die der von dem Eintritt der Bedingung abhängige Erfolg unzulässigerweise vereitelt werden würde.

Bley verkennt bei dieser Auslegung des § 161 Abs. 1 S. 2 BGB. den eigentlichen Sinn dieser Bestimmung. Das BGB. will mit dieser Vorschrift lediglich die Unwirksamkeit von Verfügungen zu Gunsten dritter Personen, wie Veräußerungen und Verpfändungen, die das Recht des bedingt Berechtigten zu vereiteln oder zu beeinträchtigen geeignet sind, aussprechen. Wenn dann das Gesetz a. a. O. S. 2 sagt, daß einer derartigen Verfügung dessen, der unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt hat, die Verfügung des Konkursverwalters gleichsteht, so will es damit nicht das Wahlrecht des Konkursverwalters aus § 17 KO. beschränken. Vielmehr ist diese Regelung deshalb getroffen, weil der Konkursverwalter als Partei kraft Amtes, nicht als Vertreter des Kridars anzusehen ist, und deshalb eine Bestimmung, daß sich die Unwirksamkeit auch auf Verfügungen des Konkursverwalters erstrecke, notwendig wurde. Mehr ist durch § 161 Abs. 1 S. 2 BGB. nicht gesagt und es kann keine Rede davon sein, daß § 161 Abs. 1 S. 2 gegenüber dem 17 KO. die speziellere Vorschrift ist. Diese beiden Bestimmungen berühren sich überhaupt nicht. Die Richtigkeit unserer Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte des § 161 Abs. 1 S. 2 BGB. bestätigt. (Vgl. Protokolle der 2. Kommission in Mugdan, Materialien Bd. 1, S. 764).

Nachdem die beiderseitigen Erfüllungsansprüche, also auch der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers, durch die Ablehnung des Konkursverwalters erloschen sind, hat der Käufer nicht mehr das Recht zum Besitz der Vorbehaltssache. Denn dieses Recht ist dem Käufer mit Rücksicht auf seinen späteren Eigentumserwerb eingeräumt worden. Durch die Erfüllungsablehnung ist jedoch der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers beseitigt und damit auch die Besitzberechtigung endgültig entfallen. Der Konkursverwalter kann somit die Rückgabe der Kaufsache verlangen, während der Käufer lediglich auf einen Schadensersatzanspruch, und zwar gemäß § 26 S. 2 KO. als Konkursgläubiger, angewiesen ist [2]).

Martin Wolff [3]) will dem Käufer ein Recht zum Besitz geben. Es müsse dem Fahrnisbesitzer gegenüber dem Konkursverwalter ein Recht zum Besitz in gleicher Weise zustehen, wie es dem Besitzer gegenüber dem neuen Eigentümer gemäß § 986 Abs. 2 BGB. zustehe. Das solle allerdings infolge der Publizitätswirkung des Grundbuches nicht für den Liegenschaftsbesitzer gelten. Dieser Ansicht liegt der Irrtum zugrunde, daß der Konkursverwalter insoweit als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners anzusehen ist. Weiterhin werden die besonderen durch den Konkurs bedingten Veränderungen des Vertragsverhältnisses nicht berücksichtigt.

An anderer Stelle [4]) wird das Einrederecht des Käufers damit begründet, daß die Uebergabe der Kaufsache bereits ein Teil der Erfüllung sei. Grundsätzlich könnten beide Parteien das, was sie bereits als Erfüllung erlangt hätten, auch nach der Erfüllungsablehnung behalten. Auf Grund des vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Erfüllungsgeschäftes stünde dem Käufer die exceptio rei venditae et traditae zu. Würde das Erfüllungsgeschäft für den Konkurs Wirksamkeit behalten, so müßte auch die daraus fließende Einrede im Konkurs weiterwirken.

Die Uebergabe als solche ohne Eigentumsverschaffung ist jedoch keine für sich allein bestehende Erfüllungsleistung.

Es handelt sich dabei um eine Besitzüberlassung, die mit Rücksicht auf den vermutlichen späteren Eigentumserwerb des Käufers diesem gewährt wird [5]).

---

[2]) Levy S. 151; Meyerstein S. 12/13; Jaeger § 17 Anm. 14; Jaeger in LZ. 1908 Sp. 688 ff.; Staub-Koenige, Anh. zu § 382 Anm. 78; Powidzer S. 66/67; Planck § 986 Anm. 1 a; Rühl S. 207; Sandrock S. 73/74; v. Tuhr Bd. 1 S. 303; RGZ. 63 S. 231; Lehmann S. 348.

[3]) Martin Wolff, Recht zum Besitz S. 13; dagegen Meisner S. 56.

[4]) Müller in LZ. 1908 Sp. 684 ff.

[5]) Gegen Müller: Jaeger in LZ. 1908 Sp. 688 ff.; Sternberg in JW. 1913 S. 851 ff.

Alle Autoren, die dem Käufer ein dem Konkursrecht standhaltendes Recht zum Besitz gewähren, kommen zu einem unhaltbaren Ergebnis: Der Käufer hat durch den Vorbehaltskauf und die Uebergabe kein Eigentum erworben und wird infolge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters das Eigentum an der Kaufsache auch in Zukunft nicht erwerben. Der Gemeinschuldner ist Eigentümer geblieben. Dennoch soll der Käufer ein dauerndes Recht zum Besitz haben, ohne das Eigentum erlangen zu können. Auf der anderen Seite wäre der Konkursverwalter, obwohl der Gemeinschuldner Eigentümer ist, nicht in der Lage, den Besitz wieder zu erlangen. Er könnte zwar als Eigentümer über die Sache verfügen, kann sie jedoch niemals vom Käufer herausverlangen [6]).

Aus diesem Ergebnis, zu dem man bei Richtigkeit der von uns angegriffenen Ansicht käme, ist ersichtlich, daß die angegriffenen Theorien nicht richtig sein können.

Es ist mithin daran festzuhalten, daß infolge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters der Käufer der Vorbehaltssache zu deren Herausgabe verpflichtet ist und mit seinem Schadensersatzanspruch auf die Konkursquote verwiesen ist. Auch eine Rückzahlung etwaiger Anzahlungen, die bis zur Konkurseröffnung bewirkt waren, scheidet gemäß § 26 S. 1 KO. aus.

Bei der Berechnung der Höhe des Schadensersatzanspruches sind die Anzahlungen zu berücksichtigen; denn gerade darin ist der Schaden des Käufers zu sehen, daß er das erstrebte Ziel, den Eigentumserwerb, trotz der schon geleisteten Zahlung nicht erreicht. Dieses Ergebnis kann in vielen Fällen zu Härten führen. Auch wenn der Käufer bereits vor Eröffnung des Konkurses den größten Teil des Kaufpreises entrichtet hatte, muß er nach der Erfüllungsablehnung des Verwalters des Verkäufers die Vorbehaltssache herausgeben, und ist mit seinem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung lediglich auf die Konkursquote angewiesen. Diese Regelung beruht darauf, daß § 17 KO. auch dann zur Anwendung kommt, wenn nur noch ein ganz geringer Teil des Kaufpreises aussteht.

II. Man kann dem Käufer nicht dadurch helfen, daß man ihn neben seinem Schadensersatzanspruch einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Masse zubilligt [7]).

Mag man auch einen Bereicherungsanspruch annehmen, so handelt es sich doch nicht um ein Massegläubigerrecht nach § 59 Zif-

---

[6]) Powidzer S. 68.
[7]) so Powidzer S. 70; Jacusiel S. 106; Bendix in JW. 1930 S. 1362; Meisner S. 57.

fer 3 KO., sondern um einen vor der Konkurseröffnung im Sinne des § 3 KO. begründeten Vermögensanspruch. Maßgebend für die Frage, ob eine Bereicherung der Masse im Sinne des § 59 Ziffer 3 KO. vorliegt, ist allein der Umstand, ob die Bereicherung der Masse selbst unmittelbar zugeflossen ist [8]). Das trifft hier nicht zu. Die Leistung, deren causa später fortgefallen sein soll, ist bereits vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner gegenüber bewirkt worden. Der Masse, die erst mit der Konkurseröffnung entsteht, ist sie nicht zugeflossen.

Ein selbständiger Bereicherungsanspruch existiert auch nicht als bloße Konkursforderung; denn der Bereicherungsanspruch des Käufers steht im organischen Zusammenhang mit seinem Schadensersatzanspruch. Bei der zahlenmäßigen Berechnung der Höhe des Schadensersatzanspruches ist auch der Schaden zu berücksichtigen, der dem Käufer dadurch entstanden ist, daß der Kridar die Raten des Käufers ohne wirtschaftliche Gegenleistung behalten kann. Der Schadensersatzanspruch des Käufers richtet sich somit nach der Höhe der vor der Konkurseröffnung bewirkten Raten. Es ist mithin nicht möglich, dem Käufer einen besonderen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu gewähren. Mag man aber auch den Anspruch des Käufers Schadensersatzanspruch, mag man ihn Bereicherungsanspruch nennen, in jedem Fall kann der Käufer seine Forderung nur als Konkursgläubiger geltend machen.

III. Großen Gefahren setzt sich aber der Käufer aus, wenn er dem Vorbehaltsverkäufer Wechsel zahlungshalber begeben hat. Da durch die zahlungshalber erfolgte Hingabe der Wechsel die Kaufpreisschuld weiter bestehen bleibt, ist der Vertrag vor der Vollzahlung des Käufers beiderseits nicht völlig erfüllt und der Konkursverwalter kann gemäß § 17 KO. die Erfüllung ablehnen. Sind die Wechsel noch in den Händen des Kridars, so müssen sie herausgegeben werden, da der durch den Wechsel zu sichernde Kaufpreisanspruch als Erfüllungsanspruch erloschen ist. Hat aber der Kridar vor der Konkurseröffnung die Wechsel weitergegeben, so ist der Käufer doppelt geschädigt. Er muß nicht nur die Kaufsache herausgeben, sondern ist auch dem Indossatar gegenüber zur Einlösung des Wechsels verpflichtet [9]).

---

[8]) Mentzel § 59 Anm. 3 Abs. 1; Petersen-Kleinfeller § 59 Anm. 12; Wilmowski-Kurlbaum § 59 Anm. 6; Jaeger § 59 Anm. 11; Meyer-Bleyer § 59 Anm. 3; RG. in LZ. 1927 Spalte 390 ff., insbesondere Sp. 393; RGZ. Bd. 94 Seite 20 ff., insbesondere S. 25.

[9]) Schlotter in LZ. 1911 Sp. 49.

Besteht eine solche Verpflichtung des Käufers, so steigt sein Schadensersatzanspruch entsprechend. Aber damit ist ihm in Anbetracht dessen, daß er nur auf die Konkursquote angewiesen ist, nicht viel genützt. Auch die Annahme eines Bereicherungsanspruches nützt dem Käufer nichts. Hat der Verkäufer den Wechsel weiter indossiert, und löst der Käufer als Akzeptant nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Verkäufers den vom Indossatar vorgelegten Wechsel ein, so wird dadurch auch der Verkäufer dem Indossatar gegenüber befreit. Das Vermögen des Verkäufers ist also durch Fortfall der Verpflichtung gegenüber dem Indossatar bereichert. Da mit den Erfüllungsansprüchen auch die causa für die Bereicherung des Verkäufers auf Kosten des Käufers fortgefallen ist, ist die Masse des Verkäufers ungerechtfertigt bereichert. Die Masse des Verkäufers ist deshalb ungerechtfertigt bereichert, weil die Bereicherung der Masse nach der Konkurseröffnung zugeflossen ist. Aber der Umfang des Bereicherungsanspruchs ist nicht größer als die Konkursquote. Der Verkäufer hätte an den Indossatar wegen des Konkursfalles nur in Höhe der Konkursquote zu leisten brauchen, hat also nur die Leistung der Konkursquote erspart. Nur in der Befreiung von dieser Verbindlichkeit war die ungerechtfertigte Bereicherung des Verkäufers zu sehen [10]). Konstruiert man also auch einen Massebereicherungsanspruch gemäß § 59 Ziff. 3, so hat der Käufer dennoch stets nur einen Anspruch auf die Konkursquote.

IV. Der Käufer hat gegenüber dem Vindikationsanspruch der Masse weder ein kaufmännisches noch ein Zurückbehaltungsrecht nach BGB. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht würde dem Käufer nach § 49 Ziff. 4 KO. ein Absonderungsrecht gewähren.

Der Erfüllungsanspruch des Käufers zielt auf die Uebereignung der Kaufsache hin. An sich kann ein solcher Anspruch die Grundlage für ein Zurückbehaltungsrecht des HGB. sein; denn der durch das Zurückbehaltungsrecht zu sichernde Anspruch braucht nicht notwendigerweise ein Anspruch auf eine Geldleistung zu sein. In Anbetracht des § 15 KO. wird es aber darauf ankommen, ob zur Zeit der Konkurseröffnung schon alle Voraussetzungen des § 370 HGB. gegeben waren. Der Anspruch, wegen dessen zurückbehalten wird, muß daher schon vor der Konkurseröffnung entstanden und zwar unbedingt entstanden sein. Der Käufer, der eine Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, hat nur einen bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung und zwar bedingt durch die Zahlung seitens des Käufers. Der Vorbehaltskäufer hat daher in Ansehung der Vor-

---

[10]) Grünfeld in DJZ. 1931 Sp. 1513, 1514.

behaltssache nach der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters des Verkäufers kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht im Sinne der §§ 369, 370 HGB.[11]). Es kommt mithin garnicht darauf an, ob Käufer und Verkäufer Kaufleute sind.

Hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB. ist zunächst festzustellen, daß durch diese dem Käufer ein Absonderungsrecht nicht gewährt wird[12]). Für den Käufer in Konkurs des Verkäufers hätte also das Zurückbehaltungsrecht des BGB. keine Bedeutung. Ein etwa außerhalb des Konkurses bestehendes Zurückbehaltungsrecht kann auf Grund des Grundsatzes der par conditio creditorum im Konkurs nicht ausgeübt werden[13]).

Darüberhinaus ist § 273 Abs. 1 BGB. nicht anwendbar, weil das Besitzrecht des Käufers mit der Erfüllungsablehnung erlischt und im übrigen Erfüllungsansprüche des Käufers nicht mehr bestehen.

V. Bei Vorbehaltskäufen im Bereich des Abzahlungsgeschäfts gilt die Wiederansichnahme der Vorbehaltssache seitens des Verkäufers gemäß § 5 Abz.Ges. als Ausübung des Rücktritts[14]). Erklärt der Konkursverwalter des Verkäufers, daß er den Vertrag nicht erfüllen wolle, und nimmt er die Vorbehaltssache auf Grund der Erfüllungsablehnung als zur Masse gehörig in Anspruch, so gilt auch dies mithin als Rücktritt. Die besonderen Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktritts brauchen nicht vorzuliegen, die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs ist dennoch gemäß § 5 Abz.Ges. als Rücktritt anzusehen. Damit werden die wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien aus den §§ 2, 3 Abz.Ges. ausgelöst[15]).

Da der Konkursverwalter durch die Erfüllungsablehnung und die Wiederansichnahme der Vorbehaltssache die beiderseitigen aus dem Rücktritt fließenden Verbindlichkeiten ausgelöst hat, ist er nach § 59 Ziff. 1 KO. angehalten, den Verpflichtungen der Masse als Masseverbindlichkeiten nachzukommen. Er kann deswegen, was die wechselseitigen Verpflichtungen aus den §§ 2, 3 Abz.Ges. anlangt, nicht, wie oben in dem in unserem § 5 behandelten Fall, nach § 17 KO. zwischen Erfüllung und Nichterfüllung wählen, sondern hat seinerseits den Käufer voll, nicht bloß konkursmäßig zu befriedigen.

---

[11]) Schlotter in LZ. 1911 Sp. 49; Staub-Koenige § 370 Anm. 2, Anh. zu § 382 Anm. 92; Powidzer S. 67; Auerbach S. 68; Meisner S. 56; Bendix in JW. 1930 S. 1362.

[12]) § 49 KO. Arg. e contr.; Meisner S. 56.

[13]) RGZ. 77 S. 436 ff.

[14]) vgl. oben Anm. 19 in § 4.

[15]) Weiße, S. 84.

Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß der Konkursverwalter durch die Erfüllungsablehnung und die Geltendmachung des Eigentumsanspruches gemäß § 5 Abz.Ges. selbst das Rücktrittsaustauschverhältnis herbeigeführt hat. Führt er aber diese Rechtsänderung herbei, so verlangt er damit zugleich vom Vertragsgenossen des Gemeinschuldners Erfüllung des ausgelösten schuldrechtlichen Anspruches im Sinne des § 17 KO. Verlangt er Erfüllung, so muß er seinerseits gemäß § 59 Ziff. 2 KO. den Anspruch des Vertragsgenossen als Massegläubigerrecht erfüllen [16]). Er hat also, unbeschadet der Möglichkeit, mit seinen Ansprüchen aus § 2 Abz.Ges. aufzurechnen, die Pflicht, die vom Vorbehaltskäufer vor Konkurseröffnung geleisteten Raten diesem zurückzugewähren. Soweit infolge der Wiederansichnahme der Vorbehaltssache der Rücktritt als erklärt gilt, ist für einen Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung kein Raum.

Im Bereich des Abzahlungsgesetzes ist somit der Vorbehaltskäufer im Konkurs des Verkäufers günstiger gestellt als bei einem Vorbehaltskauf, der seine Regelung allein in dem § 455 BGB. findet; denn im letzteren Falle hat der Käufer keinen Anspruch auf Rückgabe der empfangenen Anzahlungen, sondern ist lediglich auf die Konkursquote angewiesen.

Auch hierin zeigt sich wieder, daß im Bereich des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte die Erfüllungsablehnung Rücktrittsfolgen herbeiführt.

[16]) Jaeger § 17 Anm. 19 am Ende.

§ 16.

Die einzelnen Eigentumsvorbehaltsklauseln.

I. Die Surrogationsklausel ist u. E. nicht als wirksame Abtretung künftiger Forderungen anzusehen. Daraus folgt für den Konkurs des Verkäufers bei Wahl der Nichterfüllung, daß der Konkursverwalter nur die noch vorhandenen Vorbehaltssachen zur Masse ziehen kann. Soweit der Käufer die Vorbehaltssachen weiterveräußert hat und der Kaufpreis noch aussteht, kann der Konkursverwalter diese Gläubigerrechte für die Masse nicht in Anspruch nehmen. Der Konkursverwalter kann nur dann die aus der Weiterveräußerung seitens des Käufers entstandenen Kundenforderungen für die Masse in Anspruch nehmen, wenn sie nach ihrer Entstehung durch einen besonderen Uebertragungsakt an den Gemeinschuldner abgetreten worden sind. Nun ist in der Regel die dinglich nicht wirksame Surrogationsklausel in eine obligatorische Verpflichtung des Käufers zur sicherungsweisen Abtretung der Kundenforderung umzudeuten. Es fragt sich, ob der Konkursverwalter nicht diese Abtretung wenigstens verlangen kann. Die Frage ist zu verneinen.

Hat sich der Konkursverwalter für Nichterfüllung entschieden, so erlöschen alle Erfüllungsansprüche aus dem Vertrage, die gegenseitigen Vertragsansprüche verwandeln sich in einen einseitigen Schadensersatzanspruch des Vertragsgenossen des Kridars. Zu den Ansprüchen aus dem Vertrage, und in diesem Sinne zu den Erfüllungsansprüchen gehören auch, wenn sich der Käufer dazu verpflichtet hat, die Ansprüche auf eine sicherungsweise Abtretung etwaiger Kundenforderungen. Wenn auch dem Verkäufer die Verwirklichung dieses Anspruches nicht als endgültiges Vertragsziel vorschwebt, so gehört es doch zur einwandfreien Erfüllung des Käufers, daß er dieser Verpflichtung genügt. Der Anspruch des Gemeinschuldners auf sicherungsweise Abtretung der Kundenforderung ist somit ein Erfüllungsanspruch, der durch die Wahl der Nichterfüllung seitens des Konkursverwalters hinfällig wird.

Bei der Berechnung der Höhe der Schadensersatzforderung des Käufers ist dieser Vorteil, den der Käufer aus der Nichterfüllung des Vertrages zieht, zu berücksichtigen. Der Käufer hat vielleicht nur noch einen geringen Teil der Vorbehaltssachen in seinem Besitz, während er die anderen bereits mit Gewinn weiter veräußert hat. In einem derartigen Falle ist der Schaden, den der Käufer durch die Nichterfüllung erleidet, nicht so hoch als in dem Falle, wo er einen großen Teil des Kaufpreises gezahlt hat, aber die Vorbehaltssachen nicht verwertet hat und sie nun herausgeben muß. Bei der

Geltendmachung des Schadensersatzanspruches des Käufers ist also das anzurechnen, was der Verkäufer durch Wegfall der Zahlungsverpflichtung in Ansehung der bereits verwerteten Vorbehaltssachen erspart.

Im übrigen ist es Aufgabe des Konkursverwalters, sorgfältig abzuwägen, wobei die Masse besser fährt, ob bei Wahl der Erfüllung oder der Nichterfüllung. So ist es möglich, daß im Konkurs des Lieferanten die Erfüllungswahl für die Masse günstiger ist als die Erfüllungsablehnung. Das wird dort der Fall sein, wo der Händler bereits den größeren Teil der Waren weiterveräußert hat, also insoweit der Eigentumsvorbehalt gegenstandslos geworden ist, während nur ein verhältnismäßig geringer Teil des Kaufpreises gezahlt worden ist.

Aber auch nach herrschender Ansicht würde das Ergebnis kein anderes sein. Der Käufer könnte als Treugeber die Kundenforderungen aussondern [1]), da sie ihm materiell zustehen und der Sicherungszweck nach der Erfüllungsablehnung fortgefallen ist.

Hatte der Eigentumsvorbehalt den Sinn einer auflösend bedingten Uebereignung, so kann im Konkurs des Verkäufers im Falle der Erfüllungsablehnung die Kaufsache zur Masse gezogen werden. Das gilt jedoch nur dann, wenn die Parteien als Bedingung den Fall der nicht pünktlichen Zahlung oder der Nichtzahlung gesetzt haben. Denn hat sich der Konkursverwalter für die Erfüllungsablehnung entschieden, so ist damit festgestellt, daß eine Zahlung des Käufers nicht mehr erfolgen soll. Die Bedingung der Nichtzahlung oder der nicht pünktlichen Zahlung ist also insoweit eingetreten, als feststeht, daß nun keinesfalls mehr gezahlt werden wird [2]).

II. Sind andere Ereignisse als die Nichtzahlung oder die nicht pünktliche Zahlung als Bedingung für den Eigentumsrückfall gesetzt, wie etwa die Vornahme von Sicherungsübereignungen seitens des Käufers oder Pfändungen in das Vermögen des Käufers, so steht nunmehr nach der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters des Käufers fest, daß diese Ereignisse während des Laufs der Zahlungsfrist nicht mehr eintreten können. Nur ihr Eintritt während der Zahlungsfrist sollte den Eigentumsrückfall auslösen. Infolge der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters läuft aber eine Zahlungsfrist nicht mehr. Der Konkursverwalters ist daher nicht in der Lage, auf Grund der Wahl der Nichterfüllung die Vorbehaltsachen zur Masse zu ziehen; denn es steht nunmehr fest, daß die

[1]) Wolff § 43 Anm. 3 S. 214; Mentzel § 43 Anm. 2 S. 251; Jaeger § 43 Anm. 40; Martin Wolff § 88, V.

[2]) Staub, Anh. zu § 382 Anm. 92 a.

auflösende Bedingung endgültig ausgefallen ist, daß das Eigentum des Käufers also durch die Möglichkeit des Eintritts der auflösenden Bedingung nicht mehr gefährdet ist. Es hat freilich den Anschein, als ob dies zu Härten für die Masse führen könne, dann nämlich, wenn der Käufer erst einen geringen Teil des Kaufpreises entrichtet hat, und trotzdem die Vorbehaltssachen behalten kann.

Die Masse hat jedoch eine condictio gegen den Käufer. Der Gemeinschuldner hat um des gegnerischen Erfüllungsanspruchs willen geleistet. Der Gegner ist nunmehr endgültig Eigentümer der Vorbehaltssachen geworden, obwohl der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb fortgefallen ist. Der Käufer ist aber durch dasselbe rechtliche Ereignis, nämlich die Erfüllungsablehnung sowohl bereichert wie geschädigt. Bereichert insoweit, als er die Kaufsachen ohne Rechtsgrund und ohne volle wirtschaftliche Gegenleistung behalten darf, geschädigt insoweit, als für die von ihm vor der Konkurseröffnung bewirkten Leistungen der Rechtsgrund fortgefallen ist.

Der Rechtsgrund für die beiderseitigen Leistungen vor der Konkurseröffnung war der Anspruch des Vertragsgegners. Nachdem die wechselseitigen Erfüllungsansprüche erloschen sind, ist die causa, für die Erfüllungsleistung fortgefallen, und es hat ein Ausgleich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung stattzufinden.

Insoweit also der Wert der Vorbehaltssache den Wert der vom Käufer geleisteten Raten übersteigt, kann der Konkursverwalter für die Masse einen Bereicherungsanspruch gegen den Käufer durchsetzen.

5. Kapitel.

§ 17.

Der Konkursverwalter gibt keine Erklärungen ab und wird auch nicht zu einer Erklärung genötigt.

Neben der Wahlausübung des Konkursverwalters besteht auch die Möglichkeit, daß der Konkursverwalter eine Erklärung nicht abgibt und auch vom Vertragsgegner nicht gemäß § 17 Abs. II zur Wahl genötigt wird. Der Schwebezustand, den die Konkurseröffnung hervorgerufen hat, dauert mithin fort. Aber dennoch steht nichts im Wege, daß im Konkurse des Käufers der Verkäufer die Vorbehaltssache kraft seines Aussonderungsrechts zurückverlangt. Denn damit macht der Verkäufer nur die Nichtzugehörigkeit der Vorbehaltssache zur Konkursmasse geltend, ohne damit seinen Rücktritt im Sinne des § 455 BGB. zu erklären. Im Bereiche des Abzahlungsgesetzes dagegen hat die Geltendmachung des Aussonderungsanspruchs, wenn sich das nicht bloß auf die Feststellung der Nichtzugehörigkeit der Vorbehaltssache zur Masse beschränkt, gemäß § 5 Abz.Ges. die Wirkung des Rücktritts.

Der Schwebezustand dauert solange fort, als nicht Klarheit über das Schicksal des Vertragsverhältnisses geschaffen ist. Der Vertragsgenosse kann während des Konkursverfahrens seine Vertragsansprüche nicht geltend machen. Denn es steht nicht fest, was für Ansprüche ihm zustehen. Er hat während des Schwebezustandes keinen fälligen Erfüllungsanspruch [1]). Der Schwebezustand bleibt bestehen, und die Ausübung des Wahlrechts ist weiter möglich. Hat der Konkursverwalter während der Dauer des Verfahrens seine Wahl nicht getroffen, so lebt das alte Vertragsverhältnis in seiner ursprünglichen Gestalt fort [2]). Beide Teile können nach Konkursbeendigung Erfüllung fordern, unbeschadet des Rücktrittsrechts des Verkäufers. Ein Wahlrecht im Sinne des § 17 KO. besteht nicht mehr.

Ist es zu einem Zwangsvergleich gekommen, so wird durch ihn die Forderung des Kontrahenten nicht betroffen. Das ergibt sich aus dem den §§ 17, 59 Z. 2 KO. zugrunde liegenden Gedanken, daß das Recht der synallogmatischen Verträge auch im Konkurse An-

---

[1]) Staub-Koenige Anh. zu § 382 Anm. 95; Kamm S. 26; anders Powidzer. S. 37.

[2]) Jaeger § 17 Anm. 54; Petersen-Kleinfeller § 17 Anm. 12; Sarwey-Bossert § 17 Anm. 7; Sperling S. 56, 57; Wilmowsky-Kurlbaum. § 17 Anm. 10; Kamm S. 24; Wolff § 17 Anm. 2; Meyer-Bleyer § 17 Anm. 8; a. A. Fitting S. 54.

wendung findet. Niemand soll gezwungen sein, seinerseits voll zu leisten, während er bezüglich seiner Gegenforderung auf eine Quote angewiesen ist. Der Zwangsvergleich erstreckt sich zwar gemäß § 193 KO. auf alle nicht bevorrechtigten Konkursforderungen; aber der Anspruch auf Erfüllung eines unter § 17 KO. fallenden Vertrages kann nicht als Konkursforderung angesehen werden [3]).

---

[3]) Im Ergebnis übereinstimmend: Kamm S. 26; Jaeger § 17 Anm. 55; Meyer-Bleyer § 17 Anm. 8; Staub-Koenige Anh. zu § 382 Anm. 95; Wolff § 17. Anm. 2.

2. Abschnitt:

Das Vergleichsverfahren.

§ 18.

Die §§ 4, 28, 30 der Vergleichsordnung.

Für das Vergleichsverfahren sagt der § 4 Vgl.O., daß Gläubiger, deren Ansprüche auf einem von beiden Vertragsgenossen noch nicht vollerfüllten gegenseitigen Vertrag beruhen, an dem Vergleichsverfahren nicht beteiligt sind und von ihm auch nicht betroffen werden. Die Frage, wann ein Vertrag mit Eigentumsvorbehalt als von beiden Parteien noch nicht völlig erfüllt anzusehen ist, ist bereits anläßlich des § 17 KO. (oben 1. Abschnitt 1. Kapitel) behandelt worden. Es kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, da es sich um dasselbe Problem handelt. Ein Kaufvertrag, bei dem sich der Verkäufer das Eigentum bis zur völligen Bezahlung seitens des Käufers vorbehalten hat, ist von der völligen Bezahlung seitens des Käufers als beiderseits noch nicht vollständig erfüllt anzusehen [1]).

Die Folge davon ist, daß der Vertragsgenosse, des Vergleichsschuldner am Verfahren nicht beteiligt und von ihm auch nicht betroffen ist. Dabei ist es unerheblich, ob sich der Käufer oder der Verkäufer im Vergleichsverfahren befindet.

Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien wird in den Fällen des § 4 VO. so behandelt, als ob das Vergleichsverfahren nicht eröffnet wäre. Daher kann der Vertragsgenosse des Vergleichsschuldners volle Erfüllung fordern und muß selbst voll erfüllen. Er kann gegen den Vergleichsschuldner klagen, für ihn gilt die Vollstreckungssperre der §§ 32, 33 Vgl.O. nicht [2]).

Nach § 28 Vgl.O. können der Vergleichsschuldner oder sein Vertragsgenosse mit Ermächtigung des Gerichtes die weitere Erfüllung ablehnen. Der Antrag auf Ermächtigung zur Nichterfüllung ist innerhalb einer Ausschlußfrist von 2 Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses zu stellen. Im Gegensatz

[1]) Samolewitz § 2 Anm. 5 a; Kiesow § 4 Anm. 8 a; Eisold § 4 Anm. 14; Jakusiel S. 101; Cohn in der JW. 1930 S. 2759; Danielcik in JW. 1932 S. 157; RG. in RGZ. Bd. 133 S. 42; KG. in JW. 1931 S, 2160, Nr. 44; OLG. Dresden in JW. 1931 S. 2167 Nr. 55; Stulz S. 70; OLG. Düsseldorf in JW. 1932 S. 2638 Nr. 12; KG. in JW. 1931 S. 2161 Nr. 46; Meisner S. 59; Levy S. 155.

[2]) Kiesow § 4 Anm. 16.

zur KO. hat also nicht nur der Vergleichsschuldner das Recht zur Ablehnung der Erfüllung, sondern auch sein Vertragsgenosse.

§ 30 Vgl.O. gewährt im Falle der Ablehnung der Erfüllung dem Kontrahenten des Vergleichsschuldners, gleichgültig, wer die Erfüllung abgelehnt hat, einen Schadensersatzanspruch. Dem Schuldner steht dieser Anspruch niemals zu[3]). Der Gedanke des Gesetzgebers ist der, daß auch die vom Gläubiger erklärte Erfüllungsablehnung durch den Vermögensverfall des Schuldners bedingt ist, und daß dieser dafür einzustehen hat. Mit dem Schadensersatzanspruch ist der Gläubiger am Verfahren beteiligt und wird gemäß § 30 Satz 2 Vgl.O. vom Vergleiche betroffen.

Auch für das Vergleichsverfahren gilt in gleicher Weise wie für das Konkursverfahren der Grundsatz, daß im Falle der Ablehnung der Erfüllung die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen und in einen einseitigen Schadensersatzanspruch des Gegners verwandelt werden. Erklärt sich im Konkursverfahren der Konkursverwalter nicht gemäß § 17 KO., und wird er auch nicht zur Erklärung von seinen Vertragsgegnern aufgefordert, so bleibt hinsichtlich des gegenseitigen Vertrages der durch die Konkurseröffnung hervorgerufene Schwebezustand weiterbestehen. Erfolgt dagegen im Vergleichsverfahren keine Erklärung der Parteien, so bleibt es bei der vollen Erfüllung des Vertrages gleich, als ob das Verfahren überhaupt nicht eröffnet worden wäre. Im Vergleichsverfahren wird also durch die Erfüllungsablehnung ein bestehender Rechtszustand beseitigt. Im Konkursverfahren schafft die Erklärung des Konkursverwalters erst Klarheit über das weitere Schicksal des Schuldverhältnisses Die Erklärung des Konkursverhältnisses beendet einen Schwebezustand[4]).

---

[3]) Kiesow § 28 Anm. 33; Lucas S. 89; Samolewitz § 30 Anm. 2; Maeder S. 43; Grimm S. 118.

[4]) Maeder, Seite 17.

§ 19.

Einzelheiten: I. Das Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers.

Bleibt es bei der Erfüllung des Vertrages, so tauchen keine Besonderheiten auf. Die Parteien sind so gestellt, als ob das Vergleichsverfahren nicht eröffnet wäre. Der Verkäufer kann also den noch nicht berichtigten Teil des Kaufpreises in voller Höhe verlangen. Diese vorteilhafte Stellung hat der Verkäufer auch, wenn während des Vergleichsverfahrens die Vorbehaltssachen vom Käufer weiterveräußert oder verarbeitet werden, sodaß der Eigentumsvorbehalt gegenstandslos wird.

Es liegt auf der Hand, daß dies zu Unzuträglichkeiten führen kann, insbesondere dann, wenn zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens nur noch ein geringer Rest der Vorbehaltssachen beim Vergleichsschuldner vorhanden war und auch dieser nach der Eröffnung des Verfahrens weiterveräußert wird. Der Gläubiger kann für den ganzen Kaufpreis volle Befriedigung fordern und hat dadurch gegenüber den anderen Gläubigern eine Vorzugsstellung. Dieser Vorzugsstellung fehlt die innere Berechtigung, weil wirtschaftlich der Vertrag seitens des Verkäufers als erfüllt anzusehen ist. Auerbach[1]) will diesem Ergebnis entgehen, indem er wie im Falle des § 17 KO. beim Eigentumsvorbehalt an zur Weiterveräußerung bestimmten Waren durch Parteidisposition den Vertrag seitens des Verkäufers mit der Uebergabe der Waren als erfüllt ansieht. Wie bereits anläßlich des § 17 KO. ausgeführt ist, wird er damit weder dem Willen der Parteien noch dem § 455 BGB. gerecht. Der Verkäufer sucht, durch den Eigentumsvorbehalt die größtmögliche Sicherheit gerade für den Fall des wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Schuldners zu erlangen. Er wird sich also hüten, etwas zu vereinbaren, was seinen Interessen nicht entspricht, was im übrigen auch dem Sinn eines Kaufvertrages zuwiderläuft. Daß durch Parteidisposition der § 455 BGB. im Sinne Auerbachs abbedungen wird, kann nicht behauptet werden. Es ist in sich widerspruchsvoll, wollte man sagen, der Verkäufer habe nach dem Wil-

[1]) Auerbach, S. 68/70; wie Auerbach: Merkel II in JW. 1931 S. 2088 f. und in JW. 1932 S. 157 f.; vgl. Lehmann S. 349 und Ebertsheim in JW. 1930 S. 3705. Ebertsheim kommt zur Nichtanwendung des § 4 Vgl.O., indem er dem Käufer nach Bezahlung des größten Teils der Kaufpreisschuld das materielle Eigentum an der Kaufsache zuspricht und deshalb den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers nur wie ein Pfandrecht behandelt wissen will. Diese Konstruktion entbehrt aber jeder gesetzlichen Grundlage.

len der Parteien durch die bloße Uebergabe völlige Erfüllung geleistet, die Parteien hätten insofern also eine von dem § 455 BGB. abweichende Regelung getroffen.

Solange sich noch ein unbezahlter Teil der Vorbehaltssachen beim Käufer befindet, ist der Vertrag seitens des Verkäufers noch nicht erfüllt. Denn der Vorbehaltskauf in Ansehung mehrerer Kaufsachen muß ebenso als einheitlicher Vertrag angesehen werden, wie der Sukzessivlieferungsvertrag [2]). Diesem nicht immer erfreulichen Ergebnis kann aber durch Erfüllungsablehnung seitens des Schuldners entgangen werden.

Wäre der Eigentumsvorbehalt vor der Eröffnung des Verfahrens gegenstandlos geworden, würde der Gläubiger allerdings zu den beteiligten Gläubigern gehören. Solange aber beiderseits noch nicht vollständig erfüllt ist, greift § 4 Vgl.O. ein.

Das Rücktrittsrecht des Verkäufers, sei es, daß es sich um einen unter das Abzahlungsgesetz fallenden Vertrag handelt oder nicht, erweist sich gegenüber dem Recht des Vergleichsschuldners, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zu wählen, als das Stärkere [3]). Auch hierin besteht kein Unterschied zwischen dem Vergleichs- und dem Konkursverfahren. Lagen also die Rücktrittsvoraussetzungen vor, so kann der Verkäufer auch nach der Eröffnung des Verfahrens, wenn nur die Rücktrittsvoraussetzungen vor der Eröffnung des Verfahrens gegeben waren, den Rücktritt vom Vertrage erklären. Es treten dann die Rücktrittsfolgen ein; im Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes kommen die besonderen Zug-um-Zug-Verpflichtungen der Parteien zur Auswirkung. Dabei werden die Ansprüche des Verkäufers durch das Vergleichsverfahren nicht berührt, denn es handelt sich hierbei auch um einen letzten Endes aus einem gegenseitigen Vertrage fließenden Anspruch. Wegen der Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrag ist aber der Gläubiger gemäß § 4 Vgl.O. am Vergleichsverfahren nicht beteiligt [4]) [5]). Hätte der Verkäufer

---

2) Cohn in JW. 1930, S. 2759; Cohn in JW. 1928 S. 1120.

3) anders Lehmann S. 364, 365; Stulz S. 71; Jacusiel S. 104.

4) Kiesow, § 4 Anm. 15 a nimmt an, daß es sich hier um ein Neugläubigerschuldverhältnis handelt, das von dem Verfahren nicht berührt wird. Wie im Text: Levy S. 155; Jacusiel S. 103; vgl. auch RGZ. Bd. 112 S. 57; Lehmann S. 388; OLG. Düsseldorf in JW. 1932 S. 2638 f.

5) Das Kammergericht ist in JW. 1932 S. 2637 Nr. 11 der Anschauung, daß der Rücktritt bereits durch den gegenseitigen Vertrag bedingte Legalobligationen auslöst. Demnach will es den § 4 Vgl.O. nicht anwenden, da dies dem Sinne des § 4 Vgl.O. und dem Wesen des Eigentumsvorbehalt widersprechen solle. Dagegen ist zu sagen: Bezeichnet man die Rücktrittsansprüche als aus dem gegenseitigen Vertrag folgend, so

schon vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens, insbesondere bei Geschäften im Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes, seinen Rücktritt erklärt, so kommt hier derselbe Grundsatz, der in einem solchen Fall zur Anwendung des § 17 KO. führen würde, zur Anwendung. Zwischen den Parteien bestehen dann auf Grund des Rücktritts wechselseitige Ansprüche (vgl. § 2, 3 Abz.-Ges.). Auf ein derartiges gegenseitiges Schuldverhältnis ist der § 4 Vgl.O. anzuwenden, da hier dasselbe Schutzbedürfnis wie im Falle des gegenseitigen Vertrages für den Käufer besteht. Der Verkäufer kann nicht verpflichtet sein, die empfangenen Leistungen dem Schuldner zurückzugewähren, während er mit seinen Ansprüchen aus § 2 Abz.Ges. am Vergleichsverfahren beteiligt und somit auf die Vergleichsquote angewiesen ist. Waren also die gegenseitigen Rückgewährverbindlichkeiten beiderseits noch nicht voll zur Abwicklung gekommen, so ist der Verkäufer mit seinen Rückgewähransprüchen am Vergleichsverfahren nicht beteiligt [6]). Das von Cohn a. a. O. zum Beweis des Gegenteils gegebene Beispiel ist deshalb sehr willkürlich ausgewählt, weil es von dem seltenen Fall des Kreditverkaufs ohne Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ausgeht.

Ist auf Grund der Erklärung des Käufers oder des Verkäufers [7]) die weitere Erfüllung des Vertrages unterblieben, so sind die beiderseitigen Erfüllungsansprüche endgültig erloschen. Es kann auf sie auch nach Beendigung des Vergleichsverfahrens nicht zurückgegriffen werden [8]).

Wie die Ablehnung im Konkurs, hat auch die Ablehnung der Erfüllung im Vergleichsverfahren keine Rücktrittswirkung, Das bedeutet, daß beide Teile das, was sie vor dem Verfahren als Erfüllung erlangt haben, behalten können. Der Verkäufer kann die restlichen Vorbehaltssachen als sein Eigentum zurückfordern. Er ist jedoch nicht gehalten, die vom Vergleichsschuldner vor der Eröffnung bewirkten Teilleistungen herausgegeben. Darüber hinaus steht dem Verkäufer, soweit ihm ein Schaden entstanden ist, noch die Schadensersatzforderung aus § 30 Vgl.O. zu.

Bei Geschäften im Geltungsbereich des Abz.Ges. gilt dagegen die Geltungsmachung des Eigentumsanspruchs gemäß § 5 des Abz.

muß man auch folgerichtigerweise zur Anwendung des § 4 Vgl.O. kommen. S. auch Liebstädter in JW. 1932 S. 3742 und die Besprechung zu der obigen Entscheidung von Eisold in JW. 1932 S. 2637.

6) Kiesow § 4 Anm. 15; Eisold § 28, Anm. 14 a; Mayer § 4, Anm. 7; Lehmann S. 357; Rühl in ZZP. Bd. 56, S. 158; Levy S. 156; K. u. T. 1931, S. 142; a. M. Nagel S. 62; Cohn in JW. 1932, S. 148.

7) Bley will (in Judicium 1932 Sp. 210) dem Verkäufer nicht das Recht geben, sich für Nichterfüllung des Vertrages zu entscheiden. Das solle sich aus § 161 Abs. 1 BGB. ergeben. Vgl. dazu oben S. 15 Anm. 1.

8) Maeder S. 19; Kiesow § 28 Anm. 31.

Ges. unwiderlegbar als Rücktritt vom Vertrage. Beim Abzahlungsgeschäft ruft also regelmäßig die aus der Nichterfüllung folgende Rücknahme der Kaufsachen Rücktrittswirkung hervor.

Ist der Wert der vom Käufer geleisteten Teilleistungen höher als der an sich dem Verkäufer entstandene Schaden, so hat der Vergleichsschuldner ebenso wie die Masse im Konkursverfahren einen Bereicherungsanspruch [9]).

Die Begründung dieses Anspruches ist dieselbe wie für das Konkursverfahren. Der Vergleichsschuldner hat eine condictio ob causam finitam [10]).

War der Eigentumsvorbehalt durch eine Surrogationsklausel erweitert, so soll nach herrschender Ansicht diese ja dingliche Wirkung haben, sodaß sich der Verkäufer aus etwaigen durch die Weiterveräußerung entstandene Kundenforderungen befriedigen könnte. U. E. hat die Surrogationsklausel keine dingliche Wirkung. Hat der Vergleichsschuldner die Kaufsache vor der Eröffnung des Verfahrens weiterveräußert, so kann der Verkäufer die Kundenforderungen nicht aussondern. Dieser Umstand ist selbstverständlich bei der Berechnung der Schadenshöhe zu berücksichtigen.

II. **Vergleichsverfahren über das Vermögen des Verkäufers.**

Da auch im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Verkäufers der § 4 Vgl.O. Anwendung findet, ist der Käufer wegen aller seiner Ansprüche am Vergleichsverfahren nicht beteiligt. Gewährleistungsansprüche sowie alle sonstigen sich aus dem Vertrage ergebenden Ansprüche können daher außerhalb des Verfahrens in voller Höhe und mit voller Wirksamkeit geltend gemacht werden.

Im Falle der Erfüllungsablehnung muß der Käufer die Kaufsache auf Grund des vorbehaltenen Eigentums dem Verkäufer herausgeben, während der Verkäufer die geleisteten Raten behalten darf [11]). Es ist hier nicht anders als im Konkursrecht. Durch die Erfüllungsablehnung ist festgestellt, daß die Bedingung für den Eigentumserwerb niemals mehr eintreten kann, da sie endgültig ausgefallen ist. Als Ersatz hat der Käufer nur seine Schadensersatzforderung, mit der er am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Nicht anders ist es, wenn der Käufer selbst die Erfüllung abgelehnt hat. Letzteres wird aber in der Regel nicht oft vorkommen, weil im allgemeinen im Vergleichsverfahren des Verkäufers die Erfüllungsablehnung den Käufer erheblich schädigt. Er muß die vielleicht schon fast völlig bezahlte Kaufsache herausgeben, während er mit seinem Gegenanspruch lediglich auf die Vergleichsquote angewiesen ist.

---

9) Maeder S. 45, 46; Kiesow § 28 Anm. 35.

10) Nagel S. 130 ff.

11) Rühl in ZZP. Bd. 56 S. 160.

Anhang.

Der Kauf auf Probe.

§ 20.

Die Behandlung des Kaufs auf Probe im Konkurse eines Kontrahenten.

I. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht ist ein Kauf unter der im Zweifel aufschiebend gemeinten Bedingung der in das freie Ermessen des Käufers gestellten Billigung der Kaufsache. Der Kauf wird zu einem unbedingten, wenn der Käufer seine Billigung erklärt oder innerhalb einer vereinbarten bzw. ihm gesetzten Frist eine Erklärung nicht abgibt (§§ 495, 496 BGB.). Der Kauf kann auch unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sein; dann ist der Kauf zunächst wirksam, wird aber hinfällig, wenn der Käufer innerhalb der vereinbarten Frist erklärt, daß ihm die Kaufsache nicht gefalle. Mit dem Kauf auf Probe dürfen die Kaufverträge nicht verwechselt werden, in denen dem Käufer ein vertragliches Rücktritts- oder Umtauschrecht gewährt ist.

Beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt ist das obligatorische Geschäft unbedingt geschlossen, nur die Uebereignung ist bedingt erfolgt. Der Kauf auf Probe ist dagegen ein bedingt abgeschlossener Vertrag.

Fällt eine Partei in Konkurs, nachdem der Kauf zu einem unbedingten geworden ist, so wird das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien wie jeder andere gegenseitige Vertrag im Konkurs behandelt.

Wird der Konkurs eröffnet, bevor die Frist für die Erklärung des Käufers abgelaufen ist, so gilt folgendes:

Solange der Kaufvertrag nicht zu einem unbedingten geworden ist, besteht ein Schwebezustand. Eine Wahl des Konkursverwalters zwischen Erfüllung und Nichterfüllung gemäß § 17 KO. ist ausgeschlossen, bevor nicht Klarheit über die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien herrscht.

II. § 17 KO. setzt voraus, daß überhaupt Erfüllungsansprüche bestehen. Sind die Erfüllungsansprüche bereits erloschen oder sind sie, wie beim Kauf auf Probe, noch nicht unbedingt entstanden, so ist für eine Entscheidung des Verwalters, ob er Erfüllung wolle oder nicht, kein Raum.

III. Daraus ergibt sich für den Konkurs des Verkäufers, daß unabhängig von der Erklärung des Verwalters zunächst die Erklä-

rungsfrist des Käufers ablaufen muß. Billigt der Käufer die Kaufsache oder schweigt er, so ist hiermit nach den §§ 495, 496 BGB. der Kauf endgültig zustandegekommen. Es bestehen jetzt wechselseitige Erfüllungsansprüche. Der Konkursverwalter des Verkäufers kann daher sein Wahlrecht mit den in den §§ 17, 26 S. 2, 59 Ziff. 2 bestimmten Folgen ausüben. § 17 KO. kommt nunmehr deshalb zur Anwendung, weil ein gegenseitiger Vertrag beiderseits noch nicht völlig erfüllt ist. Weder hat der Verkäufer beim Kauf auf Probe in der Regel die Kaufsache übereignet, bevor der Abschluß des Kaufs endgültig feststeht, noch hat der Käufer Zahlung geleistet. Zwar stellt es § 17 KO. auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ab, und hier sind die Erfüllungsansprüche erst nach der Konkurseröffnung unbedingt entstanden, sie waren jedoch bereits zur Zeit der Konkurseröffnung begründet, sodaß deshalb § 17 KO. anzuwenden ist.

Es macht keinen Unterschied, ob der Kauf auflösend oder aufschiebend bedingt war; denn in beiden Fällen sind die wechselseitigen Erfüllungsansprüche während des Schwebezustandes noch nicht unbedingt entstanden.

IV. Ist das Konkursverfahren über das Vermögen des Käufers eröffnet worden, so ist auch hier während der Erklärungsfrist für eine Wahl nach § 17 KO. kein Raum. Aber auch nachdem das rechtliche Schicksal des Vertrages feststeht, wirkt sich das Wahlrecht des Konkursverwalters nicht aus.

Die Erklärung des Käufers beim Kauf auf Probe, daß er den Kauf billige oder nicht billige, ist eine Verfügung; denn es wird dadurch über das Schicksal der durch den bedingten Kaufvertrag bedingt entstandenen gegenseitigen Ansprüche eine Entscheidung getroffen.

Gemäß § 1 KO. gehören die zunächst nur bedingten Ansprüche des Käufers aus dem Kauf auf Probe zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter hat nach § 6 KO. das Recht und die Pflicht, die Masse zu verwalten und über die Massegegenstände Verfügungen zu treffen. Aus seinem Verwaltungs- und Verfügungsrecht ergibt sich daher seine Befugnis, an Stelle des Gemeinschuldners zu erklären, ob er den Kauf auf Probe zu einem endgültigen machen wolle oder nicht. Trifft der Konkursverwalter eine positive Entscheidung, so ist der Vertrag beiderseits ohne Rücksicht auf den Konkurs zu erfüllen. Denn in der Erklärung des Verwalters, er billige den Kauf, liegt zugleich die Wahl der Erfüllung im Sinne des § 17 KO. Wie im Konkurs des Verkäufers stehen sich durch die positive Erklärung des Käufers bzw. seines Konkursverwalters nunmehr gegenseitige Erfüllungsansprüche gegenüber, sodaß an sich jetzt noch

für eine Wahl nach § 17 KO. Platz wäre. Wenn aber der Konkursverwalter einmal erklärt, er wolle den Kauf, so ist damit auch eine Entscheidung im Sinne des § 17 KO. getroffen, und der Konkursverwalter hat die Kaufschuld nach § 59 Ziff. 2 als Masseschuld zu richtigen.

Erklärt aber der Konkursverwalter, der Kaufgegenstand sage ihm nicht zu, so wird damit der Kauf auf Probe hinfällig, und für eine Wahlentscheidung des Konkursverwalters auf Grund des § 17 KO. ist überhaupt kein Raum.

V. Es bleibt zu erwägen, ob nicht die Rechte aus dem Kauf auf Probe, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen einer Partei die Erklärungsfrist noch läuft, zu dem massefremden Vermögen gehören. Das ist deshalb nicht der Fall, weil zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens der Vertrag bereits begründet war. Die ratio legis des § 3 KO. ist, daß alle Ansprüche und Rechte, die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits begründet, aber noch nicht zur vollen Wirksamkeit gelingt waren, durch das Konkursverfahren betroffen werden sollen. Dem entspricht auch der § 67 KO., der allerdings für unsern Fall keine Bedeutung hat. Der Verkäufer hat keinen Anspruch auf Sicherung im Konkurs des Käufers, da der Eintritt der Bedingung allein von dem Willen der Gegenseite abhängig ist.

Es ist auch möglich, daß ein Vorbehaltskauf auf Probe abgeschlossen wird. Die rechtliche Behandlung eines solchen Vertrages ergibt sich aus dem bisher Gesagten.

§ 21.

Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren.

I. Wird das Vergleichsverfahren über das Vermögen eines Kontrahenten nach der Billigung der Kaufsache, also nachdem der Kauf zu einem unbedingten geworden ist, eröffnet, so wird der Vertrag — wie im Konkursverfahren — gleich anderen gegenseitigen Verträgen behandelt.

Wird das Vergleichsverfahren eröffnet, während der Vertrag noch in der Schwebe ist, so findet zunächst § 28 Vgl.O. keine Anwendung, denn den Parteien stehen noch keine gegenseitigen Erfüllungsansprüche zu. Solange eine Erklärung über die Billigung der Kaufsache seitens des Käufers nicht abgegeben, bzw. eine ihm zur Erklärung gesetzte Frist nicht abgelaufen ist, können die Vertragsgenossen die Erfüllung des Vertrages nicht fordern. Ebenso, wie bei dieser Sachlage im Konkursverfahren die Anwendung des § 17 KO. ausscheidet, ist im Vergleichsverfahren die Abgabe einer auf § 28 Vgl.O. beruhenden Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, ausgeschlossen.

Kommt es aber demnächst dadurch zu einer Klärung des rechtlichen Schicksals des Vertrages, daß der Käufer die Kaufsache billigt, so ist jedenfalls, wenn mittlerweile die Zweiwochenfrist des § 28 Vgl.O. abgelaufen ist, das Begehren auf Ablehnung der Erfüllung nicht mehr möglich.

Im übrigen kommt § 4 Vgl.O. zur Anwendung, wenn der nach der Eröffnung des Verfahrens gebilligte Vertrag beiderseits noch nicht völlig erfüllt ist, also der Verkäufer weder die Sache übereignet noch der Käufer den Kaufpreis voll entrichtet hat. Obwohl § 4 Vgl.O. hinsichtlich der Frage, ob der Vertrag beiderseits erfüllt ist, auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens abstellt, hier der Vertrag aber zu diesem Zeitpunkt noch in der Schwebe war, ist diese Bestimmung dennoch anzuwenden, da der Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits geschlossen war und die gegenseitigen Ansprüche, wenn auch bedingt, entstanden waren.

Der Vertragspartner des Vergleichsschuldners ist daher gemäß § 4 Vgl.O. an dem Verfahren nicht beteiligt und wird von dem Vergleich nicht betroffen, sodaß er, soweit nicht die Erfüllung des Vertrages gemäß § 28 Vgl.O. abgelehnt wird, volle Befriedigung verlangen kann.

II. Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Verkäufers.

Billigt der Käufer die Kaufsache vor Ablauf der Zweiwochenfrist des § 28 Vgl.O., so kann nunmehr der Verkäufer mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts die Erfüllung ablehnen, wenn der Vertrag beiderseits noch nicht völlig erfüllt ist. Die Folge der Erfüllungsablehnung ist, daß der Verkäufer die Rückgabe der Kaufsache verlangen kann, andererseits aber einer Schadensersatzforderung gemäß § 30 Vgl.O. ausgesetzt ist. Eine Ablehnung der Erfüllung seitens des Käufers ist ausgeschlossen, weil sie mit der vorher erklärten Billigung der Kaufsache in Widerspruch stehen, also ein venire contra factum proprium darstellen würde.

Erfolgt die Billigung nach der Zweiwochenfrist des § 28 Vgl.O., so ist die Erfüllungsablehnung nicht mehr möglich, da die Frist des § 28 Vgl.O. unabhängig davon läuft, ob zur Zeit des Laufes der Frist die Abgabe einer Erklärung über die Nichterfüllung des Vertrages schon möglich war.

Wird die Kaufsache nicht gebilligt, so hat der Käufer die ihm zur Ansicht überlassene Kaufsache zur Masse herauszugeben.

III. Der Kauf auf Probe im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers.

Im Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers ist für ein Recht des Käufers, die Vertragserfüllung gemäß § 28 Vgl.O. abzulehnen, kein Raum, wenn die Billigung der Kaufsache nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erfolgt ist. Die Erklärung, die Erfüllung ablehnen zu wollen, würde mit der vorher erfolgten Billigung der Kaufsache in Widerspruch stehen [1]).

Hat der Käufer die Kaufsache nicht gebilligt, so ist damit der Vertrag überhaupt hinfällig geworden.

Dagegen steht der Erfüllungsablehnung des Verkäufers nichts im Wege, wenn die Billigung der Kaufsache innerhalb der Zweiwochenfrist des § 28 Vgl.O. erfolgt ist. Die Folge der mit der Ermächtigung des Gerichts ausgesprochenen Erfüllungsablehnung ist, daß der Käufer die etwa noch in seinem Besitz befindliche Kaufsache herausgeben muß, und der Verkäufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hat, mit dem er am Vergleichsverfahren beteiligt ist.

---

1) Regelmäßig würde dieses Begehren des Käufers schon daran scheitern, daß das Vergleichsgericht ihn schwerlich zur Erfüllungsablehnung ermächtigen würde.

Lebenslauf.

Ich, Hans Rubin, bin am 10. Oktober 1908 als Sohn des Kaufmanns Josef Rubin und seiner Ehefrau Marie geb. Holzer in Berlin geboren.

Nach Absolvierung des Friedrich-Werderschen Gymnasiums in Berlin bestand ich daselbst zu Michaelis 1926 das Abiturientenexamen. Ich bezog alsdann die Universität Berlin, um Rechtswissenschaften zu studieren. Im Sommersemester 1927 studierte ich in Genf, im Wintersemester 1927/28 wieder in Berlin. Im Sommersemester 1928 und im Wintersemester 1928/29 hörte ich an der Universität Freiburg i. Br., danach bis zur am 29. Juli 1930 bestandenen 1. juristischen Staatsprüfung wiederum an der Universität Berlin.

Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei dem Kammergericht in Berlin beschäftigt.